

إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية

دراسة مقارنة فى نطاق القانون الدولى الخاص



الاستاذ الدكتور

هشام خالد

أستاذ القانون الدولى الخاص المتفرغ

كلية الحقوق - جامعة طنطا

كبير المستشارين القانونيين الشركة الكويتية لنفط الخليج سابقاً

دار الفكر الجامعى

أمام كلية الحقوق - الاسكندرية

ت : ٤٨٤٣١٣٢

إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية

دراسة مقارنة فى نطاق القانون الدولى الخاص

الاستاذ الدكتور
هشام خالد
أستاذ القانون الدولى الخاص المتفرغ
كلية الحقوق - جامعة طنطا
كبير المستشارين القانونيين الشركة الكويتية لنفط الخليج سابقًا

2012

دار الفكر الجامعى
٣٠ ش سوتير - الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢

إسم الكتاب : إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية
المؤلف : الاستاذ الدكتور هشام خالد
الناشر : دار الفكر الجامعي
٣٠ شارع سوتير ـ الإسكندرية ـ ت : ٤٨٤٣١٣٢ (٠٣)
E.Mail : Magdy_Kozman2010@yahoo.com

الطبعة : الأولى
سنة الطبع : 2012
رقم الإيداع : ٢٠١١/١٧٣٣١
ترقيم دولى : 978 - 977 - 379- 171 - 6

بسم الله الرحمن الرحيم (١) الحمد لله رب العالمين (٢) الرحمن الرحيم (٣) مالك يوم الدين (٤) إياك نعبد وإياك نستعين (٥) اهدنا الصراط المستقيم (٦) صراط الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم ولا الضالين (٧)

إهــــــداء

إلـــى المقام النبوي الشريف وقد جعل صاحبه العلم فوق مراتب الجهاد إذ قال:

(مداد العلماء خير عند الله من دماء الشهداء)

وكان فضل الله عليّ عظيماً

فصل تمهيدي

الولاية القضائية الدولية

"ولايـــة القضـــاء هي ما للمحاكم من سلطة الحكم بمقتضى القانون في المـــنازعات التـــي تـــرفع إلـــيها، وهي حق من حقوق الدولة ذاتها وفرع عن ســـيادتها، فهي تعتبر عنصرًا من عناصر سيادة الدولة".[1] والثابت أن المحاكم الوطنـــية إنما تقوم بالفصل في جميع المنازعات التي تطرح عليها، سواء أكانت الأخيـــرة وطنية بحتة وذلك من حيث أطرافها أو محلها أو سببها، أم كانت ذات عنصـــر أجنبـــي.[2] والمعروف أن الولاية القضائية الدولية لمحاكم الدولة، إنما تســـتند إلى المصادر الرسمية للقانون، مثل الاتفاقيات الدولية، الدستور، التشريع العـــادي، العرف الدولي، العرف الداخلي، فكل مصدر من المصادر السابقة إنما يساهم في تحديد مضمون الولاية القضائية المعنية.[3]

---

(1) د. أحمـــد مليجـــي، تحديـــد نطـــاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١١ وما بعدها، والمراجع المشار إليها في الهوامش ١، ٢، ٣.

Cappelletti & Perillo, Civil Procedure in Italy, Martinus nijhoff, The Hague, Netherlands 1965, P.95

(2) د هشـــام صـــادق، تـــنازع الاختصـــاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢.

وفي الفقه الأجنبي راجع تفصيلاً:

Mayer (Pierre), Droit International Privé, Précis Domat, 1977, p. 215 et seq.

Cappelletti & Perillo, Op. Cit, P. 95

Loussouarn (Y.) et Bourel (P.) Droit International Privé, Précis, 1999, 6e éd, p. 523 et seq.

(3) د. هشام صادق، المرجع السابق، الموضع ذاته، ص ٢٤ وما بعدها.

Mayer, Op-cit, p. 241 et seq.

Loussouarn et Bourel, Op.cit, p. 561 et seq.

وراجع أيضًا:

- المادة ٦٨ من الدستور المصري الحالي لعام ١٩٧١.
- المادة ١٦٦ من الدستور الكويتي.
- المواد ٢٨ – ٣٥ من قانون المرافعات المصري.
  المواد ٢٩٦ – ٣٠١ من القانون المتقدم.
- المادتين ١٤ – ١٥ من القانون المدني الفرنسي.
- المواد ٣ – ١٠ من قانون أصول المحاكمات السوري.

امتداد الولاية القضائية الدولية:

تنص المادة ٣٤ من قانون المرافعات المصري على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقًا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنًا". وقد سبق للمشرع المصري أن قرر الحكم السابق، في نص المادة ٨٦٢ من قانون المرافعات الملغي رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، حيث كان نصها يجري على النحو التالي: "يجوز للمحكمة المصرية أن تحكم في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقًا للمواد السابقة إذا قبل المدعى عليه السير فيها صراحة".[4] وقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأنه "رغم ورود هذا النص الأخير في الباب الرابع من القانون الملغي والخاص بمواد الأحوال الشخصية، إلا أننا قد أكدنا في ذلك الوقت وجوب امتداد تطبيق النص إلى مواد الأحوال العينية أيضًا لكونه يستجيب إلى قاعدة عامة لا تعد حكرًا على مسائل الأحوال الشخصية دون غيرها" [5] وعلى مستوى القانون المقارن، فإن مبدأ الخضوع الاختياري ثابت بنص تشريعي، أو دون نص. وتذهب الكثير من الدول إلى الأخذ به، ولكن القليل منها هو ما يرفض اعتناقه. [6]

المواد ٣٠٦ ، ٣٠٨، ٣١١ من القانون المتقدم.

- المواد ١، ٦، ٧، ٨، ١١ من القانون العراقي رقم ٣٠ لعام ١٩٢٨.
- المواد ٧ – ١٢ من قانون الإجراءات المدنية السوداني.

المواد ٣٠٦ – ٣٠٨ من القانون المتقدم.

(4) د. صالح مصطفى أحمد، قانون المرافعات المدنية والتجارية بالتعديلات الأخيرة، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، أكتوبر ١٩٥٣، ص ١٩٦.

(5) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٧١ وهامش ٢.

(6) Tallon, La Prorogation volontaire de Juridiction en droit international Privé, Dalloz, 1965, p. 1 et seq, 132 et seq.

ومن قبل الدول التي تأخذ بهذا المبدأ، ليبيا، حيث اعتمده نص المادة ١/٣ من قانون المرافعات الليبي، شريطة عدم تعلق الأمر بعقار واقع خارج الديار الليبية. [7] كذلك، سلطنة عمان، حيث نص عليه المرسوم السلطاني رقم ١٩٨٤/٣٢، وذلك في مادته رقم ١١، والتي تجري على النحو التالي: "تختص الهيئة بالفصل في المنازعات التجارية ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقًا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنًا". وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم السلطاني سالف الذكر، إنما يتعلق "(بنظام نظر الدعاوى وطلبات التحكيم أمام هيئة حسم المنازعات التجارية). [8] ومن هذه الدول أيضًا، دولة الكويت، حيث تنص المادة ٢٦ من قانون المرافعات الكويتي الجديد على أنه "تختص المحاكم الكويتية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقًا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنًا". [9] وفضلاً عما تقدم، تنص المادة ٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على أنه

---

(7) د. محمد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الليبي الخاص، منشورات جامعة قاريونس، ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨، ص ١٨٧ – ١٨٨.

د. سالم الزوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي، ٢٠٠٢، ص ٣٣٠ – ٣٣١.

د. محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، الجامعة المفتوحة، ١٩٩٤، ص ٢٢٦ وما بعدها.

(8) راجع في ذلك:

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي الثالث ١٩٨٦ – ١٩٨٧، ص ٢٠٩.

(9) د. أحمد السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الكويت، ٢٠٠١، ص ٤٠٩ وما بعدها.

ويذهب – سيادته – فضلاً عما تقدم، إلى إدخال الحالة التي يكون فيها للمدعى عليه الأجنبي موطنًا مختارًا في الكويت في فكرة الخضوع الاختياري. ومثل هذا المسلك إنما يحتاج إلى إعادة نظر، حيث أن المشرع الكويتي قد جعل من هذه الحالة ضابطًا أصليًا وليس ضابطًا طارئًا.

د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، ط ٢، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٤، ص ٢١٨.

"يجوز للمحاكم السورية أن تحكم في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها دوليًا طبقًا للمواد السابقة، إذا قبل المدعى عليه السير فيها صراحة أو ضمنًا".[10] وتنص المادة ٥٩ من القرار الجمهوري بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ بشأن المرافعات والتنفيذ المدني على أنه "تختص المحاكم اليمنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقًا للمادة السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنًا. [11] وقد كان القانون الإجرائي اليمني القديم ينص على الحكم السابق ذاته، وذلك في المادة ٤٢ منه، بما يفيد أن النص الجديد هو مجرد ترديد للنص القديم. [12] والمبدأ محل العرض، معروف في القانون العراقي أيضًا، ولكن دون نص صريح يفيد مقتضاه. [13] وتنص المادة ٢٧ من

---

[10] راجع في ذلك:

د. عدنان الخطيب، الوجيز في أصول المحاكمات، ج ١، مطبعة الجامعة السورية، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٨م، ص ١٦٨. وراجع هامش ٢، حيث ينتقد - سيادته - مسلك المشرع المصري في المادة ٨٦٢ مرافعات لعام ١٩٤٩، حيث قصر الأخير الخضوع الاختياري على حالة القبول الصريح، وذلك دون القبول الضمني.

[11] راجع في ذلك:

مطبوعات وزارة الشئون القانونية، الجمهورية اليمنية، القرار الجمهوري بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ بشأن المرافعات والتنفيذ المدني، ص ١٢.

د. محمد المؤيد، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول المقررة في القانون اليمني، أوان للخدمات الإعلامية، ط. أولى، ١٩٩٨ - ١٩٩٩، اليمن، القسم الثاني من المؤلف المتقدم، ويحمل عنوان: الحلول المقررة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني، ص ٥٩ وما بعدها.

[12] حول القانون القديم، راجع:

د. عنايت ثابت، أحكام فض تداخل مجالات انطباق القوانين في القانون اليمني، وهو الكتاب الثالث من المؤلف التالي:

د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، د. عنايت ثابت، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني، ط٢، ١٤١٠ هـ - ١٩٩٠م.

[13] د. ممدوح حافظ القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط٢، دار الحرية للطباعة - بغداد، ١٩٧٧، ص ٣٨٦.

قانـــون أصـــول المحاكمات المدنية الأردني على أنه "تختص المحاكم الأردنية بالفصـــل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً" (14)

فالثابت مما تقدم، أن مبدأ الخضوع الاختياري هو من المبادئ المقبولة فـــي العديـــد من النظم القانونية، ولكن ذلك، لا ينفي حقيقة مؤداها، أنه استثناءً علـــى ما تقدم فإن القليل من الدول ترفض اعتماد المبدأ السابق في تشريعاتها، ومن ذلك الأرجنتين وأسبانيا.(15)

---

(14) راجع حول ذلك تفصيلاً:

د. محمـــد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، عَمّان، ط أولى ٢٠٠٢، ص ٣٤٢ وما بعدها.

د. ممـــدوح عرموش، القانون الدولي الخاص الأردني المقارن، تنازع القوانين – الاختصاص القضائي الدولـــي – تنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عَمّان، الأردن، ١٩٩٨، ص ٢٥٧ وما بعدها.

د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة، ط ٣، وائل للنشر، ٢٠٠١، ص ١٧٩.

د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عَمّان، ١٩٩٥، ص ٢٥٢ وما بعدها.

(15) Tallon, op – cit, p. 133 et seq.

وفي عرض هذا النظر في مصر، راجع:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٢، هامش ١.

وتجـــدر الإشارة إلى أن الفقه اللبناني لا يشير إلى هذا المبدأ، بما يفيد أن ظاهر الحال هو عدم اعتراف القانون اللبناني بهذا المبدأ راجع الفقه اللبناني التالي:

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، لم يذكر تاريخ النشر، ص ٥٠٤ وما بعدها.

ولم نجد ثم صدى للمبدأ المقدم في نطاق القانون الدولي الخاص السعودي، راجع في ذلك:

د. أحمـــد ســـلامة، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، دراسة مقارنة، الرياض، ١٤١٨ هـــ، ص ٤٧١.

وتجـــدر الإشـــارة إلـــى أن امتداد الولاية القضائية للدولة، إنما يتم من خـــلال الشرط المانح للاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة المعنية، الأمر الـــذي يدفعـــنا لعـــرض مضـــمون هـــذا الشـــرط ولشروط صحته وذلك في الفقرات التالية.

الشرط المانح للاختصاص القضائي الدولي: [16]

د. بـــدر الـــدين شـــوقي، الموجز في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة بين الفقه الدولي والأنظمة السعودية، سلسلة الكتاب الجامعي، الكتاب الثالث، ١٣٩٣ هـــ، ص ١٢٣ وما بعدها، خاصة ص ١٣٠ – ١٣١.

د. طلعـــت دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٢٧٤ وما بعدها، خاصة ص ٢٨١ – ٢٨٢.

د. محمـــد شتا أبو سعد، أصول النظام القضائي في المملكة العربية السعودية، ط أولى، لم يذكر الناشر، ١٤٠٣ هـــ – يوليو ١٩٨٣، ص ٧٥.

وقـــارن: د. محمود هاشم، النظام القضائي الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٤٠٤ هـــ – ١٩٨٤، ص ٢٤٦.

(16) حول هذا الشرط، راجع تفصيلاً:

د. حفيظة الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، دون ناشر، دون سنة نشر، ص ١٠٧ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات ...، بيروت، ١٩٨٦، ص ٧٥ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال ود. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٤٦٦ وما بعدها.

د. هشام صادق، تنازع الاختصاص، المرجع السابق، ص ١٥١ وما بعدها.

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ١٧٧ وما بعدها، ص ١٨٧ وما بعدها.

د. سالم الزوي، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. محمد المؤيد، المرجع السابق، ص ٥٩ وما بعدها.

د. أحمد السمدان، المرجع السابق، ص ٤١١.

د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ١٨٧ وما بعدها.

د. حسن الهداوي، تنازع ...، الكويت، الموضع السابق.

د. عدنان الخطيب، الموضع السابق.

د. غالب الداوودي، الموضع السابق.

د. ممدوح عرموش، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. وليد المصري، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. محمد اللاقي، الموضع السابق.

الـثابت أن المحـاكم المختلطة كانت تأخذ بضابط للخضوع الاختياري أو الشرط المانح للاختصاص القضائي الدولي رغم عدم وجود نص قانوني يفيد ذلـك صـراحة، حـيث أن المادتـين ١٣، ١٤ من القانون المدني المصري المختلط لم يصرحا إطلاقًا بالمبدأ المتقدم. [17] "وبناء على ذلك قضى في مواد الأحـوال العينـية باعتـبار رفـع الدعوى من جانب المدعي دليلاً على قبوله لاختصاص المحاكم المصرية... ومن ناحية أخرى حكم بأنه (إذا تمسك المدعى علـيه بالدفـع بعدم اختصاص المحاكم المصرية وجب على المحكمة أن تجيبه إلـى طلبه) مما مفاده – أخذًا بمفهوم المخالفة – أنه إذا لم يتمسك المدعى عليه بالدفع فليس هناك ما يمنع من السير في الدعوى على أساس أن سكوت المدعى

د. ممدوح حافظ، الموضع السابق.

وفي الفقه الأجنبي، راجع تفصيلاً:

Mayer, loc- cit
Loussouarn et Bourel, loc – cit.
Cheshire, [s] Private international law, By North, 1974, P.635

[17] Article 13:

"Every Egyptian subject may be cited before the courts of the country in reference to obligations undertaken by him, even those undertaken abroad.

Article 14:

The same rule shall apply to foreigners who are within the country.

A foreigner who has left the country, may be cited befor the new courts only in the following cases:

(1) If the question in dispute has reference to obligations relating to movable or immovable property existing in the country.
(2) If the question in dispute has reference to obligations arising from contracts made or which ought to be performed within the country, or else to something done within the country.

This rule is without prejudice to the jurisdiction of the commercial courts in the cases determined by the law, whatever may be the defendant's place of residence.

The Egyptian Codes, London, 1892, p. 28.

علـيه عـن الدفـع بعـدم الاختصاص يفيد رضاءه بالخضوع لولاية القضاء المصــري" [18] وبعد ذلك، صدر قانون المرافعات المصري لعام ١٩٤٩، وقد ورد فـيه نـص ٨٦٢، وقد رأينا من قبل انتصار الفقه الراجح آنذاك، للاتجاه القائـل بالصفة العامة للمادة المتقدمة، وهو ما نرى تأكيده في المقام الماثل، مع الفقـه الـراجح. [19] وفـي النهاية فقد جاء قانون المرافعات المصري الحالي، معتـنقًا للمبدأ محل الدراسة. وإزاء ذلك يتعين علينا بيان شروط صحة الشرط المانح للاختصاص وذلك بالتفصيل المناسب، وذلك على النحو التالي:

شروط صحة الشرط المانح للاختصاص: [20]

---

[18] د. هشــام صــادق، المــرجع الســابق، ص ١٧٢، هامش، حيث يشير إلى د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ط٢، ص ٥٢٤ – ٥٢٥.

وراجع أيضًا:

د. عــز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط ٩، ١٩٨٦، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص ٧٣٥، ٧٣٦ حيث أورد سيادته رحمه الله، نفس الحكمين المتقدمين.

[19] د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٧١

وراجع ما قبله، وراجع أيضًا: د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٠٧.

– وراجع عكس ذلك:

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط ٩، ص ٧٣٥ – ٧٣٦.

[20] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٠٧.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، ١٩٨٦، ص ٨٠

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٤٧٠.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٦٥.

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٣٥.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

د. سالم الزوي، الموضع السابق.

د. محمد المؤيد، الموضع السابق.

د. أحمد السمدان، الموضع السابق.

د. عنايت ثابت، الموضع السابق.

د. حسن الهداوي، الموضع السابق.

هـــناك جـــدل شديد حول الشروط الواجب توافرها، لمنح الاختصاص القضائي الدولي، لمحاكم دولة معينة، حيث لم تكن هذه المحاكم مختصة أصلاً بنظر هذه المـــنازعة، لمـــا يترتب على ذلك سلب الاختصاص القضائي الدولي من محاكم دولـــة أخـــرى، حيث كانت الأخيرة هي المختصة أصلاً بنظر النزاع المعني.

وسوف نعرض لهذه الشروط تباعًا:

<u>الشرط الأول: أن يكون النزاع محل الشرط دوليًا:</u> [21]

د. عدنان الخطيب، الموضع السابق.

د. غالب الداوودي، الموضع السابق.

د. ممدوح عرموش، الموضع السابق.

د. وليد المصري، الموضع السابق.

د. محمد اللاقي، الموضع السابق.

د. حسن الهداوي، الموضح السابق.

د. ممدوح حافظ، الموضع السابق.

Mayer, loc. cit
Loussouarn – Bourel, loc. cit.
Cheshire's, Loc. Cit

[21] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٠٨.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٦٥ – ١٦٦.

وفي الفقه غير المصري:

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٧٧

د. سالم الزوي، الموضع السابق.

د. غالب الداوودي، الموضع السابق.

د. عدنان الخطيب، الموضع السابق.

حسن الهداوي، القانون ..، الموضع السابق.

د. ممدوح حافظ الموضع السابق.

د. ممدوح عرموش، الموضع السابق.

د. محمد وليد المصري، الموضع السابق.

د. محمد اللاقي، الموضع السابق.

د. محمد المؤيد، الموضع السابق.

د. أحمد السمدان، الموضع السابق.

هـل يجـوز أن يكون النزاع محل الشرط المعني وطنيًا بحتًا أي غير متضـمن لأي عنصر أجنبي، أم يتعين وعلى عكس ما تقدم، أن يحوي مثل هذا النزاع عنصرًا أجنبيًا؛ أو بعبارة أخرى، هل يجوز لخصم معين أن يمنح محاكم الدولـة (أ) الاختصاص بنظر منازعة وطنية بحتة في الدولة (ب) أو في الدولة (ج) علـى سـبيل المـثال؟ فهل يعتد بهذا المنح أم أن الأخير لا يرتب أي أثر قانوني؟ الراجح هو وجوب أتصاف النزاع محل الشرط المعني بالصفة الدولية، حتـى يكـون الأخير منتجًا لآثاره القانونية، هذا بالرغم من أنه في وقت معين، كانـت هـناك آراء معاكسة للنظر المتقدم، حيث ذهب أصحابها إلى إمكان منح الاختصـاص القضائي الدولي لمحاكم دولة أجنبية، وذلك بخصوص المنازعات الوطنـية البحـتة. [22] ولكـن يثار التساؤل حول موقف القانون المصري من المسـألة محل التساؤل السابق. الثابت أنه في نطاق العلاقات الوطنية البحتة في مصـر، يجوز الاتفاق على عقد الاختصاص لمحكمة معينة إعمالاً للمادة ١/٦٢ مـن قانـون المـرافعات المصري، وذلك شريطة أن تكون المحكمة المختصة أصـلاً بنظر النزاع والتي حددها القانون، هي محكمة موطن المدعى عليه. كل ذلـك بخصـوص المـنازعات المصـرية البحتة، أي التي تتصف عناصرها

د. حسن الهداوي، تنازع ..، الموضع السابق.

د. عنايت ثابت، الموضع السابق.

Batiffol et le Galcher – Baron, Rep. Dalloz, Compétence civile et Commerciale, no 35.

Mayer, op.cit, no 301, p. 231

Jodlowski, Les Conventions relatives á la prorogation et ă la derogation ă la compétence internationale en matière civile, R.C.A.D.I., 1974, vol III, T. 143, p. 548 et seq.

(22) د. حفـيظة الحـداد، المـرجع السابق، ص ١٠٧ وما بعدها، حيث تناقش – سيادتها – العديد من الحجـج المناهضـة لما ورد في المتن والتي تنادي بها الأستاذة Tallon، المرجع السابق، ص ١٨٦ وما بعدها.

المخـتلفة بالصفة المصرية. [23] والمادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري، لم تسـتلزم أن يكـون النزاع المعني والممنوح فيه الاختصاص الإضافي للمحاكم المصـرية لـه الصـفة الدولية، وذلك في ضوء عبارات المادة المتقدمة. ولكن بإمعـان النظـر، يمكن القول بأن المادة المعنية قد وردت في الباب المخصص للاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، بما يفيد حتمًا وجوب تمتع النزاع المعني بالصـفة الدولية. إزاء ذلك لا يتصور أن يكون قصد المشرع المصري، إفساح المجـال المعنـي لمـنازعات ذات صـفة وطنية بحتة في الدولة أو في الدول المعنـية. [24] ويـبدو أن جانـبًا من الفقه المصري يسلم بالشرط الماثل، ولكن بطـريقة ضـمنية رغم رفض التسليم به صراحة، حيث يذهب هذا الجانب إلى القـول بأن "هذا الشرط غير ذي مضمون، إذ عادة لا تثور مشكلة الاختصاص القضـائي الدولي شأنها في ذلك شأن كافة مشكلات القانون الدولي الخاص إلا بصـدد علاقة أو رابطة يثور بشأنها تنازعًا للقوانين بالمعنى الواسع، ومفترض هذا التنازع هو وجود علاقة ذات عنصر أجنبي". [25]

الشرط الثاني: وجود رابطة قوية بين النزاع والمحكمة المعنية: [26]

---

[23] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٢٠ – ١٢١.

[24] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٢١.

[25] د. أحمد سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ط أولى، دار النهضة العربية، ص ١٥٢.

[26] راجع في ذلك تفصيلاً:

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٢٢.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٦٦.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٤٧.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ٨١.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٤٧٠.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٧٧.

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

تذهب بعض الاتجاهات إلى عدم استلزام وجود رابطة جدية بين الدولة التـــي مـــنحت محاكمهـــا ثـــم اختصـــاص إضافي، والنزاع المعروض عليها اســـتثناء. [27] وتفصيلاً لما تقدم، نعرض لهذا الاتجاه بشيء من التفصيل: "لما كـــنا قد خلصنا فيما سلف لنا من قول إلى أن مجال إعمال المعيار محل الحديث إنمـــا يـــتحدد بالغرض حيث تنتفي عن القضاء اليمني ولاية الفصل في النزاع، وكـــان اتصال النزاع باليمن عن طريق سببه أو موضوعه من شأنه إدخاله في مجال ولاية القضاء اليمني، وكان اتصاله بها عن طريق عنصر الأشخاص فيه مـــن شأنه إدخاله في مجال ولايته متى كان المدعى عليه فيه أو المدعي – في أحـــوال معيـــنة – متوطـــنًا أو مقـــيمًا بها أو كان منتسبًا إليها بجنسيته، كانت الفروض التي يكون فيها النزاع موصول الصلة باليمن دون أن يدخل في ولاية قضـــائها لا تعـــدو الأحوال التي يكون فيها متصلاً بها عن طريق المدعي فيه فحســـب. وتتمثل هذه الأحوال – في القانون اليمني في بعض الدعاوى المتعلقة بمســـائل الأحوال الشخصية التي يكون المدعي فيها أجنبيًا مقيمًا في اليمن، كما

(27) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٣٤ – ٧٣٥.

مع ذلك قارن: ص ٧٤٦.

د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ١٩٢.

د. محمد المؤيد، المرجع السابق، ص ٦٣ – ٦٤.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء لا يحددون موقفهم من الشرط الماثل، من هؤلاء:

د. ممدوح حافظ، المرجع السابق، ص ٣٨٦.

د. حسن الهداوي، القانون، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

د. ممدوح عرموش، المرجع السابق، ص ٢٥٧

د. أحمد السمدان، المرجع السابق، ص ٤١١.

د. حسن الهداوي، تنازع ...، المرجع السابق، ص ٢١٨.

د. عدنان الخطيب، المرجع السابق، ص ١٦٨.

د. غالب الداوودي، المرجع السابق، ص ١٧٨ – ١٨٨.

د. سالم الزوي، المرجع السابق، ص ٣٣٠.

د. محمد اللافي، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

تتمـــثل في الدعاوى المتعلقة بمسائل المعاملات التي يكون المدعي فيها يمنيًا أو أجنبيًا متوطنًا أو مقيمًا في اليمن" [28]، "وعليه، فإن من شأن تقييد إعمال النص محـــل الحـــديث علـــى نحو ما يريد الشراح... قصرًا لمجال إعماله على هذه الأحـــوال، وفي ذلك تضييق لمجال إعماله (لا يمكننا) التسليم به، لاسيما – من ناحـــية – وأن القـــيد الذي يقولون به لا يرتكن إلى أساس من التشريع، كما أن الصـــلة التـــي يقضي إلى إقامتها بين النزاع ودولة القاضي، التسليم بذلك القيد الـــذي يقول به أولئك الشراح لا يمكن – من ناحية أخرى – أن تكون بحكم ما يفترضـــه إعمـــال المعيار محل الحديث عن انتفاء ولاية الفصل في النزاع عن دولـــة القاضـــي – صلة قوية أو حتى كافية – ناهيك عن أن القول بما يقول به أولئك الشراح ما يحول بين الأفراد والانتفاع بقضاء الدول الذي يشتهر بالنزاهة أو تعـــرف عنه سرعة البت في القضايا أو يتميز بيسر إجراءات التقاضي متى كانـــت نزاعاتهم مقطوعة الصلة بمثل هذه الدول وتلك نتيجة تتنافى ومقتضيات اضـــطراد وازدهـــار الـــتجارة الدولية، تلك المقتضيات التي يكمن فيها أساس المعيار محل الحديث" [29]

---

[28] د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ١٩٣.

د. عـــنايت ثابت، مستحدث القول في تحديد مجال ولاية القضاء المصري بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ١٤٠٨ هـــ – ١٩٨٨م، ص ٩٦ – ٩٨.

د. عنايت ثابت، أحكام المرافعات المقررة في القانون المصري، ١٤٢٠ هـــ – ٢٠٠٠م، ص ١٦٨ وما بعدها.

[29] د. عنايت ثابت، أحكام المرجع السابق، ص ١٩٣.

د. عنايت ثابت، مستحدث...، الموضع السابق.

د. عنايت ثابت، أحكام المرافعات...، الموضع السابق.

وفي تأييد هذا النظر، راجع:

د. محمد المؤيد، المرجع السابق، ص ٦٥.

وعلـــى عكس ما تقدم، تذهب اتجاهات أخرى، إلى استلزام وجود صلة قـــوية بين المنازعة المجلوبة والقضاء الوطني الذي ازدادت ولايته بموجب هذه المنازعة. ومفاد هذه الرابطة الجدية، أن يكون أحد الخصوم على صلة شخصية بالدولـــة المعنـــية، وذلك بأن يكون أحد رعاياها، أو أن يكون متوطنًا أو مقيمًا فـــيها، كذا تتحقق الرابطة الجدية في صورة موضوعية، بأن تكون العلاقة محل النـــزاع المجلـــوب، مرتبطة بالدولة المعنية، فتنفيذ العقد محل النزاع على إقليم الدولة المعنية، إنما يفيد وجود رابطة جدية بين المنازعة المجلوبة والدولة التي مـــنحت محاكمهـــا اختصاصاً إضافيًا. ويصدق النظر المتقدم أيضًا، في الفرض الـــذي يحدث فيها الإثراء أو الافتقار على إقليم هذه الدولة، أو أن يحدث الخطأ أو الضرر على إقليم هذه الدولة. ففي كل الأحوال المتقدمة، كانت الدولة المعنية علـــى صـــلة بالنـــزاع المجلوب إلى محاكمها، أو بعبارة أخرى "معنى ذلك هو ضـــرورة توافر رابطة جدية بين المحكمة المختارة المعهود إليها بالاختصاص والنـــزاع المطروح أمامها. وهذه العلاقة الجدية قد تستمد من عناصر شخصية كجنسية الأطراف أو موطنهم كأن يكون أحد الأطراف ينتمي بجنسيته إلى دولة المحكمـــة المختارة للفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي. وقد تتبلور فكرة الـــرابطة الجدية أيضًا في عناصر موضوعية مستمدة من العلاقة القانونية محل النـــزاع كأن يتصل أحد عناصر تلك العلاقة (محل تنفيذ العقد مثلاً) بالدولة التي تتبعها المحكمة المختارة" [30] ويرى جانب من الفقه أن وجود مصلحة مشروعة للخصـــوم في اللجوء إلى المحاكم المعنية رغم عدم اختصاصها، هو أمر كاف لمنح الاختصاص القضائي الدولي الإضافي للمحاكم سالفة الذكر.[31]

([30]) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٢٢.

([31]) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٢٣.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، ص ٨٣.

وعلـــى هــذا الأســـاس، يمكن أن نفهم الاتجاه الأول الذي رفض فكرة الرابطة الجدية[32]، حيث تكفي فكرة المصلحة المشروعة هنا لصحة جلب الاختصاص للمحكمـــة المعنـــية، فكلمـــا توافـــرت مـــثل هذه المصلحة كان الشرط المانح للاختصـــاص صحيحًا، وعلى العكس من ذلك، كلما انتفت مثل هذه المصلحة، أصـــبح الشـــرط المعني باطلاً وغير منتج لآثاره القانونية. ولا شك أن أنصار الاتجـــاه الأول، سوف يرحبون بالمعيار الماثل، حيث أنه يحقق الهدف المنشود مـــن مبدأ الخضوع الاختياري، ألا وهو ازدهار التجارة العالمية [33]، وذلك في الفـــروض التي يكون فيها أصحابها حسني النية. أما إذا كان القائمون على هذه الـــتجارة ســـيئي النية، أي يحرصون على تحصيل مصالح غير مشروعة، هنا لا تكون الأخيرة جديرة بالحماية القانونية من جانب المشرعين الوطنيين.

<u>أثر الاستخلاف الدولي على الشرط المانح للاختصاص:</u>

إذ اتفق المتعاقدان على عقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة (أ)، وبعـــد ذلـــك اختفت هذه الدولة من الوجود، وذلك نتيجة الخلافة بين الدول كـــأن تكـــون الدولة قد انضمت إلى دولة أخرى، فما هو تأثير هذه الخلافة بين الدول في هذه الحالة على معيار التحديد الإرادي للمحكمة المختصة".[34]

لا شـــك أن انصـــراف إرادة المتعاقدين إلى عقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم دولة معنية، إنما يهدف إلى الوصول إلى نتائج محددة، وعليه لا يمكن التسليم، بأن محاكم الدولة الخلف يمكن أن تحقق مثل هذه النتائج، ومن ثم لا يمكـــن افتـــراض رضاء الخصوم بالخضوع لمحاكم الدولة السلف، لأنهم لم

---

(32) د. عنايت ثابت، الموضع السابق.

Tallon. Op-cit, p. 200 et seq.

(33) راجع ما قبله.

(34) د. أشـــرف وفـــا، أثر التوارث بين الدول على إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط. أولى، ٢٠٠٥، ص ١٢٧.

يختاروها من البداية؛ أو بعبارة أخرى "من الملاحظ أن الاتفاق بين الأطراف على عقد الاختصاص لمحاكم دولة ما دون غيرها قد يكون عنصر شخصي بالنسبة لهم حيث يفضلون أن تختص هذه الدولة دون غيرها بنظر الدعوى. وبهذا يكون من الصعب إطلاق القول بعقد الاختصاص للدولة الخلف لأن الأطراف لم تتجه أرادتهم إلى اختيار هذه الدولة كي تختص بنظر النزاع".[35]

يذهب جانب من الفقه المصري، إلى تقرير حق المتعاقدين في الاتفاق على المحكمة الجديدة التي سوف تقوم بالفصل في منازعاتهم المعنية"؛ أو بعبارة أخرى "يمكن للأطراف في هذه الحالة تغيير شرط التحديد الإرادي للمحكمة المختصة إذا رأوا أنه ليس من الملائم ترك الاختصاص لمحاكم الدولة الخلف، فيمكن أن يتفق الأطراف على عقد الاختصاص لمحاكم دولة أخرى".[36]

وقد يسكت المتعاقدان على الأمر، ولا يحركان ساكناً بغم علمهم بعملية الاستخلاف الدولي، في هذه الحالة سوف ينعقد الاختصاص، لمحاكم الدولة الخلف، بحسبان الرضاء الضمني للأطراف بالخضوع لمحاكم هذه الدولة، حيث لم يتفقا على محاكم دولة جديدة، أو بعبارة أخرى "إذا لم يقع اتفاق الأطراف على عقد الاختصاص القضائي لدولة أخرى بعد وقوع الخلافة بين الدول واختفاء الدولة السلف، فإن الاختصاص بالدعوى يكون لمحاكم الدولة الخلف. وأساس هذا الاختصاص أن سكوت الأطراف بعد زوال الدولة السلف يعد بمثابة إرادة ضمنية من جانبهم لعقد الاختصاص لمحاكم الدولة الخلف بحكم كونها الدولة التي ورثت الدولة المتفق على عقد الاختصاص لها".[37]

---

[35] د. أشرف وفا، المرجع السابق. ص ١٢٧.

[36] د. أشرف وفا، الموضع السابق.

[37] د. أشرف وفا، الموضع السابق.

يبقـــى الفرض الأخير، حيث لا يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمناً علـــى اختصـــاص محـــاكم الدولة الخلف أو أية دولة أخرى، فهنا سوف يزول الشـــرط المـــانح للاختصاص، نظراً لاستحالة تنفيذه، لزوال الدولة السلف من ناحـــية أولى، ولرفض الخضوع لقضاء الدولة الخلف من ناحية ثانية. وفي هذا الفـــرض يتعـــين الخضـــوع لمحاكم الدولة التي يقر قانونها انعقاد الاختصاص القضائي الدولي لها، وذلك بنظر المنازعة المعنية.

فـــي ضـــوء ما تقدم، نكون قد انتهينا من بيان حدود الولاية القضائية الدولـــية، سواء في نطاقها الأصلي، الذي حدده المشرع المعني، أو في نطاقها الممـــتد، بعد أن قام الخصوم بالاتفاق على زيادة نطاق ولايتها الأصلية، وذلك بمـــنحها ولاية إضافية بموجب الشرط المانح للاختصاص. ويتعين علينا الآن، التصدي لبيان مدى جواز إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية.

ومن البداية نطرح التساؤلات التالية:

هـــل يجـــوز سلب الولاية القضائية الدولية من المحاكم الوطنية وذلك بمـــوجب الشـــرط السالب للاختصاص، أم أن ذلك أمر غير جائز حيث أن هذه الـــولاية ثابتة بموجب العديد من المصادر الرسمية للقانون، وإذا كان من الجائز للخصـــوم مد نطاق الولاية القضائية الدولية للمحاكم الوطنية، فليس من حقهم – وعلـــى عكس ما تقدم – سلب هذه الولاية، مع إحالة النزاع إلى محكمة أجنبية هـــل يجوز الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية؟ أم أن ذلك أمر غير جائز نظرًا لتمتع كل دولة بسيادة مستقلة عن سيادة الدولة الأجنبية المعنية؟ هـــذه هـــي المســـائل التـــي ســـنقوم بمناقشـــتها الآن تفصيلاً وذلك من خلال الفصلين التاليين:

تقسيم:

سوف نقسم هذه الدراسة وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية والشرط السالب للاختصاص.

الفصل الثاني: الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية.

الفصل الأول

إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية والشرط السالب للاختصاص

قلنا من قبل أن هناك إجماعًا على صحة الشرط المانح للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، وذلك على التفصيل الذي رأيناه من قبل. والسؤال المطروح الآن، هو مدى صحة الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية. لا شك أن الإجابة على التساؤل السابق، إنما تستوجب علينا تحديد طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وعما إذا كانت متعلقة بالنظام العام من عدمه.

تقسيم:

سوف نقسم الفصل الماثل وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام.

المبحث الثاني: الاختصاص الوجوبي والاختصاص الجوازي.

المبحث الثالث: فكرة الرابطة الوثيقة.

المبحث الأول
تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام

فقه هذا الاتجاه: [38]

يشـــير بعض أنصار هذا الاتجاه إلى أن المادة ٢ من قانون المرافعات الإيطالي تنص على أنه "لا يجوز بالاتفاق تنحية القضاء الإيطالي لصالح قضاء أجنبـــي أو محكمـــين يباشرون وظيفتهم في الخارج، ما لم تكن الدعوى متعلقة بالتزامات فيما بين أجانب، أو فيما بين أجنبي وإيطالي غير متوطن وغير مقيم فـــي إيطالـــيا، وبشـــرط أن يكون الخروج من ولاية القضاء ثابتًا بالكتابة" [39]

---

[38] راجع في ذلك تفصيلاً:

د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، ط٩، الهيئة العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص ٧٣٨.

د. هشـــام صـــادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، ١٩٧٢، ص ١٥٥.

د. محمـــد عـــبد الخالق عمر، القانون الدولي الليبي الخاص، منشورات جامعة قاريونس، ١٩٧٨، ص ١٧٧.

د. إبـــراهيم أحمـــد إبـــراهيم، القانـــون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي، والآثار الدولية للأحكام، ١٩٩١، ص ٣٩ وما بعدها.

د. أحـــد قسمت الجداوي، دراسات في القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي والجنسية، ١٩٨٦، ص ١٤٧ وما بعدها.

د. أحمـــد حشيش، أثر الصفة الأجنبية لعناصر الدعوى المدنية، مجلة روح القوانين، مجلة علمية تصدر عـــن أعضـــاء هيئة التدريس، كلية الحقوق، جامعة طنطا، العدد الخامس، يوليو ١٩٩١، مطبعة جامعة طنطا، ١٩٩٢، ص ٣٧ وما بعدها.

د. أحمـــد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولية، مكتبة العالمية بالمنصورة، ١٩٨٤، ص ٢٠٨ وما بعدها.

د. أحمـــد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط١٠، ١٩٩١، بند ١٠٠، ص ٢٢١، والمراجع المشار إليها فيه.

د. هشـــام خالد، طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة لاتجاهـــات الفقـــه والقضاء، مركز الإسكندرية للكتاب، ١٩٩٧، ص ٩ وما بعدها. وقد تم نشر البحث الســـابق ذاتـــه فـــي مجلة القوانين، وهي مجلة علمية محكمة تصدر عن أعضاء هيئة التدريس – كلية الحقوق – جامعة طنطا، العدد رقم ١٤، ١٩٩٨.

د. هشـــام خالـــد، الشـــرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠، ص ٨١ وما بعدها.

[39] معروضة في د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٣٨.

فظاهـر الحـال مـن المـادة المتقدمة، أن القاعدة العامة التي اعتنقها القانون الإيطالـي، هي عدم جواز الخروج عن الاختصاص الدولي للمحاكم الإيطالية، مـع وجـود استثنائين على هذه القاعدة، وذلك، حال تعلق الأمر بالتزامات فيما بـين أجانـب، وبـين أجنبـي وإيطالـي، وذلك في الفرض الذي لا يكون فيه للإيطالـي، موطن أو محل إقامة داخل إيطاليا. [40] والحجة الأساسية التي يقوم علـيها الرأي المائل، هي أن "أداء العدالة هو وظيفة من وظائف الدولة تباشرها بواسـطة سلطة من سلطاتها هي محاكمها. وإذا كانت الدولة تركت بيد الأفراد وسيلة تحريك هذه السلطة لمباشرة تلك الوظيفة، ألا وهي وسيلة الدعوى، فليس معنى هذا أن القضاء يؤدى أولاً وآخرًا لصالح الأفراد، بل أنه في الحقيقة يؤدى لتحقـيق مصلحة عامة وهي إقرار النظام والسكينة في إقليم الدولة منذ أن حلت الدولـة محـل الفـرد في إقرار حقه وحمايته. وإذا كانت الدولة، تركت للفرد اختـيار الظـروف التي يحرك فيها السلطة القضائية، أي الظروف التي يباشر فـيها الدعوى، فما ذلك إلا حملاً على التقاء المصلحة الخاصة، مصلحة الفرد، مـع المصـلحة العامة. ولكن ليس للفرد أن يذهب إلى أبعد من هذا فيمتنع عن تحـريك هـذه السلطة ويحرك بدلها سلطة قضائية في دولة أجنبية أو محكمين يباشـرون وظيفتهم في دولة أجنبية. والدولة هي التي ترسم حدود ولاية القضاء فيها مقدرة في رسمها ما يلزم لتحقيق المصلحة العامة الهامة وهي أداء العدالة. وهـي لا ترى أية سلطة أخرى أجنبية تصلح لأدائها" [41] وفي ضوء ما تقدم، ينتهـي أصـحاب الاتجـاه المائـل، إلى القول بعدم إمكان الخروج عن قواعد الاختصـاص الدولـي للمحـاكم المصـرية، ومنح الاختصاص لمحاكم دولة

---

[40] د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٣٩.

[41] د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٣٩ – ٧٤٠.

أخرى.[42] ويدعم بعض أصحاب الاتجاه المعروض رأيهم المائل، مقررين، أن المحـاكم المختلطة، قد تواترت على اعتناق الاتجاه المائل، وذلك في العديد من الأحكـام الصادرة عنها، وذلك في ظل المادتين ١٣، ١٤ مدني مختلط [43] كما أن الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة قد تبنت النظر المعروض في العديد من الأحكام الصادرة عنها. [44]

ولا شـك أن الأحكـام القضائية السابقة، قد صدرت في ظل اتجاهات فقهـية، تقـيد – عمومًا – تعلق المادة ١٤ مدني مختلط بالنظام العام. [45] ففي ظـل المـادة السابقة، ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن "اختصاص المحاكم

---

(42) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤١.

(43) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤١، حيث يشير إلى العديد من الأحكام.

(44) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤١، وهوامشها.

د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، ١٩٢٤، ص ٣٧٤ – ٣٧٤.

وقد أكد القضاء الكويتي النظر السابق، راجع في ذلك:

د. أحمـد السـمدان، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الكويتي، ج ٢، لم يذكر الناشر، لم يذكر تاريخ النشر، ص ٣٠٩ كما أكد القضاء السوداني، النظر المتقدم أيضًا.

راجع في ذلك:

د. محمـد شـتا أبـو سـعد، قانـون الإجراءات المدنية السوداني، معلقًا عليه، الجزء الأول، الدعوى والـدعاوى الخاصـة، مطبعة جامعة القاهرة، مايو ١٩٨٥م، رمضان ١٤٠٥ هـ، ص ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، ٩٦ بالهامش.

مـع ذلـك فـالملاحظ من الأحكام الصادرة عن المحاكم المختلطة، أنها أجازت للخصوم التداعي أمام المحاكم الأجنبية، إذا كان المدعى عليه متوطنًا في الخارج ولم يكن له موطن أو محل إقامة في مصر؛ أو بعـبارة أخرى، فإن الضوابط الإقليمية هي التي تتعلق بالنظام العام، بما يفيد أن الضوابط الشخصية ليسـت متعلقة بالنظام العام في مصر. ومثل هذه التفرقة بين الضوابط العينية أو الإقليمية للاختصاص، والضـوابط الشخصـية، والقـول بتعلق الأولى فقط بالنظام العام، دون الثانية، إنما هي مسألة إيجابية وتحسـب للأحكـام المتقدمة، لأنها تحد من غلواء الاتجاه القائل بتعلق كافة قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، إقليمية كانت أم شخصية.

راجع ما بعده، الفصل المخصص لفكرة الرابطة الوثيقة.

(45) د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٤، ص ٣٧٤.

المختلطة المبينة في المادة ١٤ يقوم على أسباب إقليمية، ويعتبر على ذلك، متعلقًا بالنظام العام، فكل اتفاق يقضي بجعل الاختصاص في هذه الأحوال لمحكمة أجنبية، هو اتفاق باطل، فإذا رفع النزاع أمام المحكمة المختلطة، مع وجود هذا الاتفاق، فإنها تكون مختصة بنظره، وهذا لا يمنع طبعًا من اختصاص المحكمة الأجنبية، وفقًا لتشريعها إذا رفع المدعي النزاع إليها" [46]

ويرى بعض أنصار الاتجاه المعروض [47]، أن أحكام الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، لم تتغير طبيعتها بصدور قانون المرافعات الجديد عام ١٩٤٩. ويؤكد الفريق الماثل، أن أحكام قواعد الاختصاص القضائي الدولي الواردة في قانون المرافعات المصري الجديد لعام ١٩٦٨ تتعلق أيضًا بالنظام العام [48]. ويناشد هذا الفريق، الفقه والقضاء بعدم التأثر البتة بأحكام المادتين ١٤، ١٥ من القانون المدني الفرنسي، لاختلاف فلسفتها عن تلك التي تقوم عليها أحكام الاختصاص القضائي الدولي في قانون المرافعات المصري الجديد، سيما وأن صياغة أحكام الأخيرة، قد "صدرت بكلمة "تختص" المحاكم المصرية بالدعاوى الواردة بها" [49]. وعلى العكس من ذلك: فمن الواجب علينا – وفقًا للفقه المعروض – أن نتوجه صوب الفقه الإيطالي، نظرًا للتشابه الكبير بين الأحكام الواردة في قانون المرافعات المصري الجديد، وأحكام المادة ٤ من قانون المرافعات الإيطالي [50]. فإذا كانت المادة ٢ من قانون المرافعات الإيطالي صريحة وقاطعة في عدم جواز الخروج عن ولاية المحاكم الإيطالية

---

(46) د. عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ط ٢، ١٩٤٣، ص ٥٢١.

(47) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٢.

(48) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٣.

(49) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٣.

(50) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٣.

عدا في أحوال استثنائية أشرنا إليها آنفًا، فإن وجود النص السابق، لم يزد الأمر شـيئًا، فـالحكم الوارد في المادة ٢، كان ثابتًا لدى الفقه والقضاء الإيطالي، قبل وجـود هـذا النص [51]. ويؤكد الفريق الماثل، أنه لا مجال للقول، بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي، بعضها ذو طبيعة استئثارية، والبعض الآخر منها ذو طبـيعة مشتركة، ذلك أن محاكم الدولة إما أن تكون مختصة، وإما أن تكون غيـر مختصـة، أو بعبارة أخرى "فهناك بالنسبة لمحاكم دولة معينة اختصاص وعـدم اختصـاص، ولكـن لا يوجد لختصاص قاصر عليها واختصاص غير قاصـر علـيها، وذلك لأن كل دولة تحدد اختصاص محاكمها، ولا توجد سلطة علـيا فـوق الدول ترسم حدود ولاية القضاء لكل منها. وكل دولة وهي تحدد اختصاص محاكمها لا تسلم بأن محاكم أية دولة أجنبية يمكن أن تعادل محاكمها في أداء العدالة بالنسبة لما يدخل في اختصاصها، أو أن لها أن تزاحمها في هذا الاختصاص" [52].

ويـؤكد الفـريق الماثل صحة الرأي المعروض والرافض كلية لتقسيم قـواعد الاختصـاص لاستئثاري ومشترك – بقولهم أن فكرة الدفع بالإحالة من محكمـة وطنـية إلى محكمة أجنبية، هي فكرة مرفوضة في فقه القانون الدولي الخـاص، فضلاً عن القانون الوضعي [53]. ويشير الفقيه الماثل، إلى أن قانون المرافعات المصري لعام ١٩٤٩، كان يجيز للمحاكم المصرية أن تقوم بالتخلي

---

(51) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ذات الموضع.

(52) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٣ – ٧٤٤ والمراجع المشار إليها.

د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٨.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

(53) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٤ حيث يشير إلى كوادري.

د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٩٣

وراجع ما بعده، الفصل المخصص لدراسة الدفع بالإحالة.

عـن اختصاصـها الوارد في القانون المتقدم في أحوال معينة [54]. فقد نصت المـادة ٨٦٥ مـن القانون المتقدم، على أنه "في الأحوال المنصوص عليها في المادتـين ٨٦١ فقرة ٢، ٨٦٢ وحيث يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي ينتمي إليها جميع الخصوم بجنسيتهم، يجوز للمحكمة، مراعاة لحسن سير العدالة أن تكلف المدعي برفع دعواه أمام محاكم هذه الدولة إذا كان رفعها إليها جائزًا". وأساس الحكم المتقدم، رغبة المشرع المصري، في تحقيق العدالة، وعـدم إرهاق المحاكم المصرية بمنازعات ليست على صلة بالإقليم المصري، فـي حين أنه توجد محكمة دولية أخرى، ذات صلة قوية بالنزاع المعني، وهي الأقدر على حسمه من المحاكم المصرية، وفي النهاية، فإن التخلي، إنما يكشف عـن التعاون الذي يجب أن يسود بين الدول المختلفة، في هذا الخصوص [55]. ويـرى الفقـه الماثل، أن "الاعتبارات المتقدمة، لم ترق في نظر المشرع وهو يضـع قانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٦٨، فلم يورد به نصًا يقابل نص المـادة ٨٦٥ المشـار إليها، وكان واعيًا بما يفعل، إذ جاء بالمذكرة الإيضاحية لهـذا القانـون ما نصه: "لم يشأ المشروع أن يأخذ بحكم المادة ٨٦٥ من قانون المـرافعات الحالي، والتي تجيز لمحاكم الجمهورية التخلي عن الدعوى الداخلة فـي اختصاصـها فـي الحـالات وبالشروط المبينة بها، ذلك أن حالات عقد الاختصـاص لمحاكم الجمهورية الواردة في المادة ٢/٨٦١ من القانون الحالي، هـي حـالات روعـي فيها حماية الجانب الضعيف في الدعوى وكونه متوطنًا أو مقيمًا في الجمهورية أو سبق تمتعه بجنسية الجمهورية، على حسب الأحوال، ولا شـك أن التخلي في الدعوى يذهب بهذه الرعاية، كما أن إجازة التخلي عن

---

(54) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٧.

(55) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٧، حيث يعرض للمعنى الوارد في المتن.

حالـــة عقـــد الاختصـــاص لـــتلك المحاكم على أساس القبول، من شأنه إمكان مصادرة هذا القبول" [56].

فكـــل مـــا تقـــدم، يؤكد الاعتقاد الراسخ لدى صاحب الفقه المعروض، بالطبـــيعة الآمـــرة المطلقة، لكافة قواعد الاختصاص القضائي الدولي. ويوضح الفـــريق المائل، أنه لا ينال مما تقدم سماح الدولة أحيانًا بتنفيذ الأحكام الأجنبية فـــيها، لأن ذلـــك، إنما يرجع إلى عدم اختصاص محاكم الدولة التي سيتم فيها التنفـــيذ، بنظـــر النـــزاع المحســـوم، أمـــا إذا كان النزاع المحسوم، داخلاً في اختصـــاص محاكم الدولة التي سيتم التنفيذ على أرضها، فمرجع السماح بالتنفيذ – وفقًا للفقه المعروض – هو مراعاة اعتبار عام، مفاده، أن محاكم الدولة التي صـــدر عنها الحكم المراد تنفيذه، هي أيضًا مختصة بنظر النزاع المحكوم فيه، وفقًـــا لضـــابط اختصـــاص دولي، معترف به في الدولة التي سيتم التنفيذ على تـــرابها. فالسماح بتنفيذ الحكم هنا ليس مبناه الاعتراف بأن قضاء آخر يشارك القضاء الوطني في الاختصاص بنظر النزاع، وإنما مبنى الأمر، هو اعتبارات الملاءمـــة؛ فما دام أن النزاع قد عرض في الخارج أمام محكمة مختصة دوليًا، وصدر فيه حكم نهائي، فمن الملائم السماح بتنفيذ هذا الحكم لداعي "التعاون بين الدول والتعامل بالمثل ومنع المحكوم عليهم سيئي النية من الإفلات من العدالة. إذن فهـــذه هـــي الاعتـــبارات التـــي تسمح بتنفيذ الأحكام الأجنبية على التراب الوطني، وكلها لا تفيد إطلاقًا "أن الدولة ترى أن المحاكم الأجنبية التي أصدرت الحكـــم تعـــادل أو تشـــارك محاكمهـــا فـــي أداء العدالة بالنسبة لما يدخل في اختصاصها من منازعات" [57].

---

(56) راجع في ذلك د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٨.

(57) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٤، والمراجع الواردة فيها.

ويـرى صـاحب الفقه المعروض أن القاعدة العامة التي أرساها آنفًا، يمكـن الخـروج عـنها، حال تعلق الأمر بضابط الجنسية، نظرًا لضعف هذا الأخيـر فـي مجـال الاختصـاص القضائي الدولي. فإذا تعلق الأمر بمواطن مصـري، غير مقيم في مصر أو متوطن فيها، هنا، يمكن اختصام الأخير أمام المحاكم الأجنبية، ولا يتصور إلزام المدعي في مثل هذه الفروض برفع الدعوى أمام المحاكم المصرية، نظرًا لعدم توطن المدعى عليه أو إقامته في مصر. وقد رأيـنا من قبل أن المشرع الإيطالي قد اعتنق هذا النظر في المادة ٢ من قانون المـرافعات الإيطالـي؛ أو بعبارة أخرى، "إذا كان ضابط الاختصاص شخصيًا غيـر إقليمي، وهو ضابط الجنسية المصرية وحدها لدى المدعى عليه، بأن كان المدعـى عليه متمتعًا بهذه الجنسية غير متوطن وغير مقيم في مصر وليس له مـال فيها، كان من الصعب في هذه الصورة القول بأن تحقق المصلحة العامة بـأداء العدالة في إقليم الدولة يستلزم رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية، وكان مـن السـهل قـبول الخـروج من اختصاص هذه المحاكم، خاصة وأن ضابط الجنسـية وحـده ضـابط ضعيف في ميدان الاختصاص القضائي، وها هو ذا القانـون الإيطالي يجيز الخروج من ولاية المحاكم الإيطالية إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزامات فيما بين أجانب أو فيما بين أجنبي وإيطالي غير متوطن وغير مقيم في إيطاليا (م٢ مرافعات). لكل ذلك نرى، أنه إذا كانت الدعوى داخلة في اختصاص المحاكم المصرية على أساس جنسية المدعى عليه وحدها (أي كونه متمـتعًا بالجنسـية المصرية)، ولم يتوافر في الدعوى ضابط آخر من ضوابط الاختصـاص، جـاز إخراج الدعوى من اختصاصها لصالح محكمة أجنبية أو محكمـين يـؤدون وظيفتهم في دولة أجنبية وفقًا لقانونها. ويكون هذا الخروج اسـتثناء يرد على القاعدة المتقدمة" [58]. تلك هي الأسس التي يقول بها الفريق

---

(58) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٥.

الأول من الاتجاه القائل بتعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام في مصر.

ويذهب فريق ثان

من أنصار الاتجاه المائل إلى القول بأنه إذا "كانت قواعد الاختصاص الوظيفي والتي تحدد ولاية جهات القضاء المختلفة داخل الدولة تتسم بالصفة الآمرة، فإن القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني في مواجهة المحاكم الأجنبية تتعلق هي الأخرى – ومن باب أولى – بالنظام العام".[59] وتجدر الإشارة إلى أن الوضع المتقدم لا يحول بين المحكمة وبين حقها في التخلي "عن اختصاصها، إذا ما تبينت أن حكمها في الدعوى سوف يكون معدوم القيمة الفعلية. ويحدث ذلك بصفة خاصة بالنسبة للدعاوى المرتبطة بنزاع قائم بالفعل أمام محكمة أجنبية، أو الدعاوى التي سبق رفعها أمام هذه المحاكم، ما دام أن القضاء الأجنبي في الحالتين هو الأقدر على الفصل في الدعوى وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنها" [60] ومن ناحية أخرى، يميل الفقيه المائل، "إلى قبول الدفع بقيام ذات النزاع أمام قضاء دولة أجنبية إذا كانت هذه الدولة أقدر على الفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر في شأنه، ففي هذه الحالة يتعين على المحاكم الوطنية في تقديرنا قبول الدفع، بل ولها – فوق ذلك – أن تقضي بإحالة الخصوم إلى المحكمة الأجنبية من تلقاء نفسها" [61]. ولا ينال الوضع السابق، حسب نظر الفقيه المائل، من الطبيعة الآمرة لقواعد الاختصاص الدولي

ويرفض بعض أنصار هذا الاتجاه وجود أي استثناء على القاعدة المتقدمة: راجع في ذلك:

د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها.

([59]) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٥.

([60]) راجع د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٧.

د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠ – ١٥١.

([61]) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٢.

للمحـــاكم المصـــرية. وبـــيان ذلك، أنه "لو كان صحيحًا أو قواعد الاختصاص الدولـــي تـــتعلق بالنظام العام، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها إلا أن الحـــل الـــذي نقول به يجد هو الآخر أساسه في فكرة النظام العام ذاتها. إذ أن تصدي المحاكم الوطنية لنزاع تعرف مقدمًا أن حكمها في شأنه ليس له أية قيمة فعلـــية، هـــو أمـــر يمس فاعلية القضاء الوطني وهيبته، ويتعارض بالتالي مع اعتـــبارات النظام العام. ويبدو أن القضاء المصري المختلط، قد أحسن فهم هذه الحقـــيقة، فقـــد حكمـــت محكمة الإسكندرية المختلطة، بإحالة النزاع المطروح أمامهـــا مـــن تلقاء نفسها إلى المحكمة الأجنبية التي رفعت إليها نفس الدعوى، وبـــررت المحكمة حكمها السالف بكون مقتضيات النظام العام، تحتم الأخذ بهذا الحل منعًا لتضارب الأحكام" [62].

ويذهب فريق ثالث

من أنصار الاتجاه المعروض، إلى أن الملاحظ من البداية أن "فكرة النظام العام هـــي مـــن أعقـــد الأفكار في مجال الدراسات القانونية، فتعريفها يشق وتحديد مضـــمونها يكاد يستحيل" [63]. وقد تنوعت نظرة الفقه لفكرة النظام العام، فهناك مـــن يـــرى أن فكرة النظام العام واحدة، لكن رغم ذلك، فلها تطبيقات متنوعة، وعلـــى العكـــس من ذلك فالراجح، هو أن هناك نظامًا عامًا داخليًا ونظامًا عامًا دوليًا [64]. ويرى صاحب الفقه المعروض، أن فهم فكرة النظام العام الدولي في نطـــاق نظـــرية الاختصـــاص القضائي الدولي، إنما يجب أن تكون في ضوء المعطـــيات التالية: "إن نقطة البداية في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي على مســـتوى الجماعة الدولية هي تحقيق تناسق في توزيع الاختصاص بالمنازعات

---

(62) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٣، حيث يشير إلى الحكم الصادر من المحكمة المتقدمة، بجلسة ١٩٢٢/١/٩، والمنشور في: Clunet, 1922, p. 1043.

(63) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٤٩.

(64) راجع في ذلك: د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠.

الدولــية بــين الدول المختلفة. ونظرًا لافتقاد الجماعة الدولية إلى هيئة أو سلطة متميزة تتولى هذا التوزيع المتناسق أو تضع تنظيمًا موحدًا للاختصاص الدولي، تقــوم كــل دولة بتحديد حالات الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنية، دون أن يعنــي ذلــك الاحتكار، لأن الاحتكار يؤدي إلى التقوقع، وإنما يبدو ذلك التحديد الذاتــي فــي كــل دولة كضرورة تمليها تلك الحالة الواقعية في عجز الجماعة الدولــية" [65]. والتشــريع المصري، قد حدد دوره في سد العجز المتقدم، حيث "يبين حالات الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، وهو بذلك جعل في تقديره من هذه الحالات حدًا أو مستوى عامًا معقولاً لاختصاص المحاكم المصرية في المــنازعات الدولــية، حــيث تمــثل الجزء أو الجانب الذي تشارك به الدولة المصــرية في الاختصاص القضائي على نطاق الجماعة الدولية، ولا غرو أن تتمســك بــه بحســب الأصــل، ومقتضيات ذلك ألا تسمح للخصوم بأن يسلبوا أو يقتطعوا من هذا الجزء" [66]

ويذهب فريق رابع

مــن أنصــار الاتجــاه المعروض، إلى القول بأن "قاعدة وجوب رفع الدعــوى ذات العنصر الأجنبي أمام محكمة مصرية، تمثل القاعدة التي تسري علــى كــل الدعاوى ذات العناصر الوطنية الخالصة، فالقانون المصري يوجب رفــع الدعاوى الأخيرة أمام محكمة مصرية" [67] وأساس هذا التماثل، كما يرى الفقــيه الماثــل، هــو "غلــبة العنصــر الوطني على العنصر الأجنبي في هذه الــدعاوى، بحــيث اقتــربت هذه الدعاوى من الدعاوى ذات العناصر الوطنية الخالصــة، لدرجة استوجبت إخضاع هذه الدعاوى وتلك لحكم واحد، ينظم مدى

---

(65) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠.

(66) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠ – ١٥١.

(67) د. أحمد حشيش، المقال السابق، ص ٣٧ – ٣٨.

وجـوب رفعها أمام محكمة مصرية" [68]، ومبنى تعلق هذه القاعدة بالنظام العام الإجرائـــي فـــي مصــر، هي بعض الاعتبارات التي علقت بالنظام العام قاعدة وجوب رفع الدعوى ذات العناصر الوطنية الخالصة أمام محكمة مصرية. فلئن كانت هذه القاعدة وتلك تتعلقان بنظام النطاق المكاني والشخصي لسريان قانون المـرافعات، لكــن مبنى قاعدة وجوب رفع الدعاوى ذات العنصر الأجنبي أمام محكمــة مصرية، هو مبدأ إقليمية قانون المرافعات وما يترتب عليه من إقليمية ولايـــة القضـــاء المصـــري. ومؤدى ذلك أن هذه القاعدة الأخيرة تندرج ضمن القـواعد المـتعلقة بالـنظام العام الإجرائي في مصر، وتخضع لنظام القواعد الأخيرة" [69]. ويرتب صاحب الرأي المعروض، على ما تقدم النتائج التالية:

أ- لا يحــق للخصوم مخالفة قاعدة الاختصاص المعنية، وإذا ما حدث مـثل هذه الاتفاق، فهو باطل، "سواء كان سابقًا أو لاحقًا على رفع الدعوى ذات العنصــر الأجنبــي أمام محكمة مصرية" [70]. ويوضح الفقيه الماثل، أن هناك مخالفـــة للقاعـــدة المقـــررة للاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، حينما يتفق الخصوم على رفع النزاع إلى محكمة أجنبية، وعلى العكس من ذلك، فلا توجد ثمـــة مخالفـــة، حـــال الاتفـــاق على عرض النزاع المعني على محكم وطني أو أجنبي. [71]

ب- ويـــرى صاحب الرأي المعروض، عدم جواز الإحالة من محكمة مصرية إلى محكمة أجنبية [72]

---

[68] د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٣٨.

[69] د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٣٨.

[70] د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٣٩.

[71] د. أحمد حشيش، الموضع السابق.

[72] د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ١١٥ وما بعدها.

تقدير الاتجاه السابق:

نــود أن نشــير، إلــى أن أنصار الاتجاه المعروض، قد تأثروا كثيرًا بأمرين في هذا الصدد:

فمن ناحية أولى، تأثر أنصار الاتجاه الماثل جميعًا بالمادة ٢ من قانون المرافعات الإيطالي والتي تضع قاعدة عامة مقتضاها، عدم جواز مخالفة قواعد الاختصــاص الدولي للمحاكم الإيطالية [73]. **ومن ناحية ثانية،** فقد تأثر أنصار الاتجاه الماثل أيضًا، بما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري لعــام ١٩٦٨، حــول قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، من ذلك ما قررته الأخيرة: "وتقوم أحكام هذه المواد على المبدأ العام السائد في فقه القانون الدولــي الخاص وهو أن الأصل في ولاية القضاء في الدولة هو الإقليمية، وأن رســم حــدود هذه الولاية يقوم على أسس إقليمية تربط ما بين المنازعة وولاية القضــاء مع الأخذ بضابط شخصي للاختصاص هو جنسية المدعى عليه وكونه وطنــيًا بصــرف النظر عن موطنه أو محل إقامته، ويبنى الاختصاص في هذه الحالــة علــى اعتــبار أن ولاية القضاء وإن كانت إقليمية في الأصل بالنسبة للوطنيــين والأجانــب، إلا أنهــا شخصــية بالنسبة للأولين فتشملهم ولو كانوا متوطنين أو مقيمين خارج إقليم دولتهم، كذلك راعى المشرع اعتبار أن الأصل هو أن تؤدي الدولة العدالة في إقليمها وأن الأصل هو رعاية المدعى عليه...". وظاهــر الحال من كل ما عرضنا آنفًا، أن أصحاب الاتجاه الماثل، إنما يهدفون

---

[73] حول المادة ٢ مرافعات إيطالي راجع:

Cappelletti & Perillo, Civil Procedure In Italy, Martinus Nijhoff, The Hague Netherlands, 1965, p.95, as he says:
"Italian Giurisdizione may usually not be avoided by private agreement… Article 2 of the Code of Civil Procedure provides".
Italian Giurisdizione may not be derogated by agreement in favour of a foreign Giurisdizione or Arbitrators who function abroad, unless it is respect to a case relating to obligations between aliens, or an alien and a Citizen who neither resides nor is a domiciliary of the Republic…".

إلـــى هدف محدد، هو حظر قيام الخصوم بإرادتهم، بسلب الاختصاص المقرر للمحـــاكم المصـــرية، وفقًا لأحكام الاختصاص الدولي؛ أو بعبارة أخرى فالذي "يلوح من هذه الكتابات، وعلى ضوء ما يطرحها أصحابها من رأي في مواضع أخـــرى متفرقة عندهم، أن جلّ اهتمام أصحابها من وراء قولهم باعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي تعد متعلقة برمتها بالنظام العام، هو منع الخصوم فـــي المـــنازعات ذات الطبيعة الدولية، من أين يسلبوا بإرادتهم اختصاصًا ثابتًا للمحـــاكم المصـــرية، بمقتضى النصوص التشريعية المنظمة لهذا الاختصاص، وهـــذا هـــو المعنى الذي قصدوه وحسب" [74]. وفضلاً عما تقدم، فالبيّن لنا من الفقـــه المعـــروض، أن أصـــحابه جميعًا يربطون ربطًا وثيقًا بين سيادة الدولة وتنظـــيم السـلطة القضائية من ناحية، وبين الطبيعة الآمرة لقواعد الاختصاص القضـــائي الدولـــي من ناحية أخرى؛ فما "لا تخطئه عين، هو أن أصحاب هذا الاتجـــاه يـــربطون بين فكرة سيادة الدولة وتنظيمها لمرفق القضاء وبين تعلق قـــواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام. فهم ينظرون إلى أداء العدالة بوصـــفها وظيفة من وظائف الدولة، ويقدرون أن الدولة التي ترسم حدود ولاية القضـــاء فـــيها بحســـبان كل ذلك تجسيدًا لفكرة المصلحة العامة وإقراراً للنظام والسكينة في إقليم الدولة" [75]

والملاحظ أن أصحاب الرأي المعروض، لا تتطابق آراؤهم على نحو مطلق:

فمـــن ناحـــية أولى، هناك من يرى عدم جواز سلب الاختصاص من المحـــاكم المصرية، على نحو مطلق، مع عدم جواز قيام المحكمة بالتخلي عن اختصاصها، كذا عدم جواز قيام الأخيرة بإحالة النزاع إلى محكمة أجنبية [76].

---

(74) د. عكاشـــة عـــبد العـــال، تنفـــيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتي الاختصاص القاصر والاختصاص المشترك، مجلة الحقوق، ع٢، ١٩٩٢، ص ١٩٠.

(75) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١.

(76) راجع ما قبله، د. إبراهيم أحمد إبراهيم.

ومـــن ناحـــية ثانية، فبعض أصحاب الاتجاه المعروض يرى، تعلق كل قواعد الاختصـــاص الدولـــي للمحاكم المصرية بالنظام العام مع إمكان وجود استثناء علـــى ذلـــك، حال تعلق الأمر بضابط الجنسية نظرًا لضعفه في النطاق الماثل، حـــيث يجـــوز مخاصمة المصري أمام المحاكم الأجنبية، إذا لم يكن متوطنًا في مصـــر أو مقـــيمًا فـــيها. ويرى صاحب الرأي الماثل أيضًا، عدم جواز تخلي المحـــاكم المصـــرية عـــن اختصاصها الدولي، كذا عدم جواز إحالة النزاع من محكمة مصرية إلى محكمة أجنبية [77].

ومن ناحية ثالثة، فالثابت أن بعض أصحاب هذا الرأي يذهب إلى عدم جـــواز سلب الخصوم للاختصاص المقرر للمحاكم المصرية، مع حق الأخيرة في التخلي عن اختصاصها، إذا لم يكن النزاع على صلة بمصر [78].

ومـــن ناحـــية رابعة؛ يذهب بعض أنصار هذه الاتجاه إلى عدم أحقية الخصوم في سلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية مع تقرير حق القاضي في إحالة النزاع إلى محكمة أجنبية [79].

وظاهـــر الحال مما تقدم، أن هناك اتفاقًا بين جميع أنصار الاتجاه محل التقديـــر، علـــى عـــدم أحقـــية الخصوم في سلب الاختصاص المقرر للمحاكم المصـــرية، بمـــوجب أحكام الاختصاص القضائي الدولي. ولا يخفى على أحد مـــنهم – بدون شـــك –، أنـــه في وسع الخصوم الاتفاق على سلب الاختصاص المقـــرر للمحاكم المصرية، والتداعي أمام محكمة أجنبية، بالرغم من اختصاص القضـــاء المصـــري، بنظر هذا النزاع لدخوله في حالة من حالات الاختصاص الدولـــي للمحاكم المصرية، ولن توجد ثمة مشكلة أمام الخصوم هنا، ما دام أن

---

(77) راجع ما قبله، د. عز الدين عبد الله.

(78) راجع ما قبله، د. أحمد قسمت الجداوي.

(79) راجع ما قبله، د. هشام صادق.

تنفـيذ هذا الحكم سوف يتم خارج الإقليم المصري؛ أو بعبارة أخرى أن "ما يثير التساؤل الآن، هو هل من شأن موقف المشرع في هذا الشأن، بعدم إجازة سلب الاختصاص من المحاكم المصرية، منع أطراف المنازعات ذات الطابع الدولي – بالفعـل – من سلب اختصاص المحاكم المصرية. ونحن نرى أن المشرع لن يسـتطيع فرض هذا الحظر على أطراف المنازعات ذات الطابع الدولي، إلا إذا كـان الحكم الذي سيصدر في نزاعهم يحتاج إلى تنفيذه في مصر. أما في غير ذلك من حالات، فإن المشرع المصري لن يحرم الأطراف من القدرة على سلب الاختصـاص مـن المحاكم المصرية، سواء عن طريق الاتفاق على ذلك، هو يعتبر رضاءً صريحًا أو عن طريق قيام أحد الأطراف برفع النزاع أمام محاكم دولـة أجنبية، وعدم اعتراض الطرف الآخر على ذلك، وهو ما يسمى الرضاء الضـمني" [80] وأصحاب الرأي محل التقدير، مدعون من جانب الفقه الحديث، إلـى إعادة النظر فيما يرونه من عدم جواز مخالفة أحكام الاختصاص الدولي، في ضوء الاعتبارات التالية [81].

أولاً: أن مادة المنازعة، هي علاقة خاصة دولية.

ثانـيًا: أن المـنازعات محل الاعتبار، إنما تتصل – بحكم طبيعتها – بأكثـر مـن دولـة، الأمـر الذي يجعل محاكم أكثر من دولة على صلة بهذه المنازعات.

ثالـثاً: لا يجوز لأية دولة أن "تحتكر وحدها حالات الاختصاص بنظر هذا النوع من العلاقات".

رابعًا: وجوب مراعاة مصالح التجارة الدولية.

---

(80) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٥٨ – ٥٩.

(81) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١، حيث يشير للاعتبارات المعروضة في المتن.

خامسًا: وجوب مراعاة "فكرة الملاءمة، وما للاختصاص القضائي من دور وظيفي قد يتباين من حالة لأخرى دون التقيد بأفكار جامدة تتأبى على التحديد والتعيين".

سادسًا: وجوب قيام الفقه بتوجيه كل عنايته إلى تحديد المحكمة الأوثق بالنزاع ومن ثم الأقدر على الفصل فيه [82].

ومقتضى ما تقدم، أن أحكام الاختصاص القضائي الدولي، لا تعتبر بمثابة وسيلة وطنية، لتأكيد السيادة في مواجهة السيادات الأخرى، كما أن هذه الأحكام ليست وسيلة دفاع ضد التعديات التي يمكن أن تحدث من المحاكم التابعة للدول الأخرى؛ أو بعبارة أخرى، فإن "المشرع المصري، حين صاغ حالات الاختصاص القضائي الدولي عنده، لم يقصد من وراء ذلك، إلى تأكيد سيادته في مواجهة الدول الأخرى، أو بناء أكثر من خط دفاعي لعمليات هجوم متصور من محاكم الدول الأجنبية التي قد تكون على اتصال بالنزاع، إن كل ما فعله، هو إيمان منه بأنه بهذا التنظيم إنما يقنن قدرته على الفصل في المنازعات التي يتوافر في شأنها ضابط من ضوابط الاختصاص التي عينها، وهي قدرة ليست مطلقة، ولا مانعة على طول الخط، لقضاء الدول الأخرى من الفصل في المنازعات التي تدخل أيضًا في نطاق اختصاصه" [83]. وقد سبق للبعض أن عبر عن ذات المعنى المتقدم، مصرحًا بأن الدولة "لا تضع قواعد الاختصاص القضائي لتأكيد سيادتها في مواجهة الدول الأخرى، فجهازها القضائي لا يستخدم كوسيلة دفاع ضد اعتداءات السيادات الأجنبية التي يتصل بها النزاع من قرب أو بعيد. فقواعد الاختصاص الدولي، كقواعد الاختصاص المحلي الداخلي، إن وضعت لحسن إدارة القضاء، فهي في الحقيقة قد وضعت أيضًا لمصلحة المتقاضين وللتسهيل عليهم" [84].

---

(82) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١.

(83) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١ – ١٩٢.

(84) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

والمستفاد مما تقدم، أن النظر لأحكام الاختصاص القضائي الدولي، بوصفها مظهرًا من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، يجب ألا يمنعنا من النظر إلى الوظيفة التي يرجى أن تؤديها هذه القواعد، ألا وهي توفير الحماية القضائية للمتعاملين على المستوى الدولي (85). ولا شك أن التغاضي عن الاعتبار الأخير، من شأنه إهدار الهدف الذي وجد القانون الدولي الخاص، من أجل تحقيقه، والذي يتمثل في تعايش النظم القانونية جنبًا إلى جنب؛ أو بعبارة أخرى "لا شبهة في أن إغفال هذا الجانب الأخير، يترتب عليه قطع، للمجرى الطبيعي للعلاقات الخاصة الدولية، وإجهاض هدف القانون الدولي الخاص، المتمثل في تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية" (86).

ويذهب البعض إلى القول بوجود تناقض منطقي بين إعطاء الإرادة حق جلب الاختصاص الإضافي لولاية القضاء الوطني، وبين حرمان ذات الإرادة، من حق سلب الاختصاص الممنوح للقضاء الوطني بداءة، بموجب نصوص التشريع (87). "فمنطق التمسك بأن الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام، يستلزم في الحقيقة رفض كل دور للإرادة الفردية في مجال تقرير هذا الاختصاص جلبًا له أو سلبًا إياه، ولذلك كان الفقه الرافض لتلك الإرادة الفردية في كل من الوجهين السلبي والإيجابي منطقيًا مع نفسه. وإذا كان رأي هذا الفقه لم تكتب له الغلبة وساد الرأي القائل بالاعتداد بالخضوع الاختياري

---

(85) في هذا المعنى:

Holleaux (D), Compétence du juge étranger et reconnaissances des jugements, Paris, 1970, no. 401, p. 379;

وراجع أيضًا: د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٢.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(86) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(87) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٢.

في وجهه الجالب ورفضه في وجهه السالب، فلعل الصحيح أن يقال بأن السبب في هذا الوضع هو وجود النزعة الوطنية في كل دولة..." [88].

ويضيف البعض إلى ما تقدم، قولهم بعدم إمكان القول بتعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام مع القول في ذات الوقت، بإمكان الإحالة من محكمة مصرية إلى محكمة أجنبية حسبما يرى البعض من أنصار الرأي المعروض؛ أو بعبارة أخرى "لا يسوغ الجمع بين القول بتعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام والقول بإمكانية قبول مبدأ الدفع بالإحالة أمام المحاكم المصرية لرفع دعوى عن ذات المنازعة أمام محكمة أخرى أجنبية كما يذهب بعض أنصار هذا الاتجاه" [89].

هذا إلى أن القول، بأن المشرع الوطني، في كل دولة إنما يقوم، برسم النطاق الذي يقدم فيه الحماية القضائية الدولية، بحيث لا يجوز لأي قضاء آخر، تقديم مثل هذه الحماية إعمالاً لقانون دولته، مثل هذه المقولة إنما تتسم بالأحادية في الرؤية، وتعوزها الشمولية، تلك التي تمكنا من سد حاجة المعاملات الدولية، وما تحتاج إليه من حماية قضائية؛ أو بعبارة أخرى، فإن "القول بأن الدولة وهي تحدد اختصاص محاكمها بمنازعات معينة إنما تجري هذا التحديد بالقدر الذي تراه لازمًا لأداء العدالة في إقليمها دون أن يكون لمحاكم أي دولة أخرى أن تحل محل محاكمها في أداء هذه العدالة، هو قول ينظر للأمور من زاوية واحدة

---

(88) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ٩٤ – ٩٥؛
د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٤٤٥ – ٤٤٦، حيث يقولان: "إن القول بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام يستلزم في الحقيقة رفض كل دور للإرادة الفردية في مجال تقرر هذا الاختصاص جلبًا له أو سلبًا إياه".

(89) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٢ – ١٩٣. والثابت أن من القائلين بتعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، مع جواز الإحالة: د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٣٤، وراجع ما قبله.

فيفتقر بذلك إلى الشمول في الرؤية الذي تفرضه حاجة المعاملات الدولية والتعاون الواجب بين الدول"[90].

ومن هذا المنطلق، فمن الواجب على المشرعين في الدول المختلفة، حينما يتصدون لتقرير نطاق الحماية القضائية الدولية التي يقدمها كل منهم، أن يحققوا التناسق المطلوب في هذا الصدد، دون احتكار، وما يترتب عليه من تقوقع؛ أو بعبارة أخرى أن "نقطة البداية في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي على مستوى الجماعة الدولية، هي تحقيق تناسق في توزيع الاختصاص بالمنازعات الدولية بين الدول المختلفة، ونظرًا لافتقاد الجماعة الدولية إلى هيئة أو سلطة متميزة تتولى هذا التوزيع المتناسق أو تضع تنظيمًا موحدًا للاختصاص الدولي، تقوم كل دولة بتحديد حالات الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنية، دون أن يعني ذلك الاحتكار، لأن الاحتكار يؤدي إلى التقوقع، وإنما يبدو ذلك التحديد الذاتي في كل دولة كضرورة تمليها تلك الحالة الواقعية في عجز الجماعة الدولية"[91]. والمنطق الاحتكاري – إن جاز لنا استعمال هذا التعبير في المقام الماثل – إنما يناهض الحقيقة التي يسلم الجميع بها، ألا وهي أن كل دولة لا تعيش في الكون بمفردها، بل هي فرد في الجماعة الدولية. كما أن المنطق السابق، ينطوي بالضرورة على مساس بسيادات الدولة الأخرى، بحرمانها من تقديم الحماية القضائية الدولية على إقليمها. وفي النهاية فمن شأن المنطق السابق إهدار القيمة الدولية للأحكام، بجعلها عديمة الفعالية، خارج نطاق الدولة التي صدرت عنها في الكثير من الأحوال، على أساس مخالفتها لأحكام الاختصاص القضائي الدولي في دولة التنفيذ؛ أو بعبارة أخرى "فإذا كانت الدولة حرة في تحديد حالات الاختصاص لمحاكمها الوطنية، إلا أن ذلك

---

(90) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٣.

(91) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠.

لا يعنـــي – كمـــا أشار البعض بحق – أنها تحتكر الاختصاص بكل المنازعات الدولـــية التـــي تطـــرح عليها، لأن الاحتكار فوق كونه مخالفًا لمعطيات وجود الدولـــة فـــي الجماعـــة الدولية، ينطوي على مساس بحقوق الدول الأخرى في المشـــاركة بنصـــيب فـــي الاختصـــاص بالمنازعات الدولية التي تطرح أمام محاكمهـــا، وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذا الاحتكار يحمل في طياته خطر تجريد الأحكام التي تصدرها الدول من كل أثر لها في أية دولة أجنبية تكون على صلة بالنـــزاع بحســـبان أنهـــا أحكام صادرة بالمخالفة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المنصوص عليها في هذه الدول"[92].

وإذا كـــان بعض أنصار الاتجاه المعروض، إنما يعولون على صياغة النصـــوص المقررة للاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، حيث يبدأ كل نص معنـــي بمكلمـــة "تختص محاكم الجمهورية"، فالثابت بحق "أن تحديد مدى تعلق قـــواعد الاختصاص الدولي بالنظام العام، يجب أن ينبع من طبيعة الاختصاص الدولـــي ذاتـــه، ومقتضيات العلاقة القانونية الدولية محل النزاع، لا من الدلالة اللغوية أو الاصطلاحية لألفاظ النصوص"[93].

وممـــا يعـــاب علـــى بعـــض أنصار الاتجاه الأول، أنهم قاسوا أحكام الاختصاص القضائي الدولي، على أحكام الاختصاص الوظيفي الداخلي، الأمر الـــذي دفعهـــم إلى تعدية حكم الاختصاص الوظيفي الداخلي، إلى الاختصاص الدولـــي؛ بمعنى، أنه ما دامت أحكام الاختصاص الوظيفي تتعلق بالنظام العام، فإن هذا الوضع يوجب لديهم القول بأن أحكام الاختصاص القضائي الدولي، هي أيضًا متعلقة بالنظام العام، على أساس القياس[94]. وقد ذهب البعض – وبحق –

([92]) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٤.

([93]) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

([94]) راجع ما قبله، د. هشام صادق.

إلــى القــول بأنه "لا ينبغي أن يعتد لدى الإجابة على السؤال المطروح بمفهوم الــنظام العــام فـــي القانون الداخلي. وذلك لأن للنظام العام في نطاق المراكز القانونــية ذات الطابـــع الدولي مفهومًا آخر يختلف اختلافًا بيّنًا عن مفهومه في القانـــون الداخلـــي، الأمـــر الذي يجعل ما صدقه في نطاق هذه المراكز أضيق بكثير مما صدقه في نطاق القانون الداخلي، فكم من قاعدة قانونية تتعلق بالنظام العـــام في نطاق القانون الداخلي، يجوز الخروج عن حكمها في نطاق المراكز القانونية ذات الطابع الدولي، وسواء كان مصدر الخروج حكم قانوني أجنبي أم كـــان اتفاق الأفراد، وذلك نزولاً على مقتضيات اطراد وازدهار ظاهرة انتقال الأفراد عبر الحدود"[95].

وفضـــلاً عمـــا تقدم، فقد لاحظ البعض أن بعض أنصار الاتجاه القائل بـــتعلق قـــواعد الاختصاص بالنظام العام، "لم يلتزم بمنطق قوله هذا على طول خـــط ترتيب النتائج التي تنبني على تعلق إحدى قواعد توزيع ولاية القضاء بين محـــاكم الدولـــة الـــواحدة بالنظام العام. فهو إن كان قد قال بعدم جواز إخراج النزاع من مجال ولاية القضاء المصري، وهو ما يتفق ونتائج تعلق قاعدة تعيين المحكمـــة المختصـــة بالـــنظام العام، فقد سلم بما يناقض هذه النتائج من القول بوجـــوب إبـــداء الدفـــع بانتفاء الولاية في بدء الخصومة كيفما يتسنى للقاضي المصـــــري.. أن يقضـــي به، وهو القول الذي يعني أن الحق في إبداء هذا الدفع يسقط إن لم يدفع به في ذلك الوقت"[96]: ومفاد ما تقدم، أن سقوط الدفع المعني، بعـــدم إبدائه عند بدء الخصومة، إنما يقطع بعدم تعلقه بالنظام العام، لأنه لو كان متعلقًا بالنظام العام – كما يرى أصحاب الرأي المعروض – لجاز إبدائه في أية حالة كانت عليها الدعوى، وهذا عكس ما انتهى إليه المعنيون.

---

(95) د. عـــنايت ثابت، مستحدث القول في تحديد مجال ولاية القضاء المصري بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٩٩.

(96) د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ١٠٠.

وعلــى أي حــال، فــإن الاســتثناء الذي أورده بعض أنصار الاتجاه المعروض، والذي بمقتضاه، يجوز سلب الاختصاص من المحاكم المصرية، إذا مــا تعلــق الأمر بضابط الجنسية نظراً لضعفه[97]، فمثل هذا الاستثناء إنما يفيد أمــران: الأمــر الأول، هــو أن صــاحب هذا الاستثناء قد جعل من الخضوع الاختــياري فــي وجهــيه الإيجابي والسلبي أمراً تقديريًا، بحيث ينضوي تحت "المفهــوم الشــامل لفكــرة الملاءمــة كأساس في توزيع الاختصاص القضائي الدولــي"[98]. أما الأمر الثاني، فهو أن قبول مبدأ الاستثناء على الطبيعة الآمرة والمطلقــة لقــواعد الاختصــاص القضــائي الدولي، حال تعلق الأمر بضابط الجنســية، إنمــا يسمح بإدخال استثناءات جديدة في هذا الصدد، إذا ما توافرت حكمة ذلك. كما أن تسليم صاحب الرأي السابق، بإمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية فــي مصــر، رغــم صدورها في مادة تدخل في حالات الاختصاص القضائي الدولــي للمحاكم المصرية[99] – على سبيل الاستثناء – إنما ينال دون شك على نحــو أو آخر من القاعدة الصارمة التي أرساها صاحب الرأي المتقدم، من عدم جــواز سلب الاختصاص الممنوح للمحاكم المصرية. وبعد أن فرغنا من تقدير الاتجــاه الأول، تعــين علينا عرض الاتجاه الثاني، ثم تقديره بعد ذلك، وهذا ما سنخصص له المبحث الثاني.

---

(97) راجع ما قبله، د. عز الدين عبد الله.

(98) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ٩٦.

(99) راجع ما قبله، د. عز الدين عبد الله.

المبحث الثاني

الاختصاص الوجوبي والاختصاص الجوازي

فقه هذا الاتجاه: [100]

يذهب بعض أنصار هذا الاتجاه إلى تقسيم حالات الاختصاص القضائي الدولـــي للمحـــاكم المصـــرية إلـــى طائفتـــين: الطائفة الأولى، وتشتمل حالات الاختصاص الأصلي، أما الطائفة الثانية، فتشتمل حالات الاختصاص الجوازي. والملاحـــظ لدى أصحاب هذا الاتجاه، أن التفرقة المتقدمة، لها أهميتها، حيث أن حـــالات الاختصـــاص الأصـــلي تعتبر من النظام العام في مصر، في حين أن حـــالات الاختصاص الجوازي، ليست من النظام العام[101]. ومقتضى ما تقدم، أنـــه إذا تعلـــق الأمـــر بحالـــة اختصـــاص دولي، وكانت الأخيرة من حالات الاختصـــاص الأصـــلي، فهـــي إذاً متعلقة بالنظام العام، فمعني ذلك عدم جواز الاتفـــاق بين الخصوم على مخالفتها، بسلب الولاية التي منحها المشرع للمحاكم المصـــرية فـــي هذه الحالة. وعلى العكس من ذلك،إذا كانت الحالة المعنية من حـــالات الاختصـــاص الجوازي، فهي ليست متعلقة بالنظام العام، ومعنى ذلك، حـــق الأفـــراد في الاتفاق على ما يخالفها وسلب الاختصاص الممنوح للمحاكم المصـــرية فـــي هذا الخصوص[102]. والمستفاد مما تقدم، أنه إذا اتفق الخصوم علـــى ســـلب الاختصاص الممنوح للمحاكم المصرية، بموجب حالة من حالات الاختصاص الأصلي، ورغم ذلك، قام أحد الخصوم بمخالفة هذا الاتفاق واللجوء إلـــى المحـــاكم المصـــرية بطلـــب الحكـــم بإلغاء الشرط السالب للاختصاص، وباختصـــاص المحكمـــة المصـــرية بحسم المنازعة المعنية، هنا يحق للمحكمة

---

(100) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٧ وما بعدها.
د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها.
د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٩ وما بعدها.
د. هشام خالد، الشرط السالب، المرجع السابق، ص ١١٨ وما بعدها.
(101) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ١٩٩٢، ص ٦١٧.
(102) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٧.

المصــرية الحكــم ببطلان هذا الشرط السالب لاختصاصها، نظراً لتعلق الأمر بحالــة مــن حــالات الاختصاص الأصلي. وعلى العكس مما تقدم، فإذا اتفق الخصــوم علــى سلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، بموجب حالة من حــالات الاختصاص الجوازي، وقام أحد الخصوم بمخالفة هذا الاتفاق واللجوء إلــى المحــاكم المصــرية بطلــب إلغــاء هــذا الشرط السالب للاختصاص، وباختصــاص المحــاكم المصــرية بنظــر النزاع المعني، هنا يحق للمحكمة المصــرية رفض هذا الطلب، والحكم بعد اختصاصها بنظر النزاع، نظراً لتعلق الأمــر بحالة من حالات الاختصاص الجوازي. ويرى أنصار هذا الاتجاه، أن التفرقة بين حالات الاختصاص الوجوبي وحالات الاختصاص الجوازي لمحاكم المصــرية، كانــت ظاهــرة فــي ظل النصوص التشريعية التي أوردها قانون المــرافعات الملغي رقم ١٩٤٩/٧٧، "حيث كان نص المادة ٣ قد استهل بكلمة "تختص"، أما المواد ٨٦٠ إلى ٨٦٧ الواردة بالكتاب الرابع من القانون فمنها ما كان يبدأ بكلمة "تختص" و منها ما كان يستهل بعبارة " يجوز رفع الدعوى..." [103]. ويســتند صــاحب الرأي المعروض على ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر عام ١٩٥١، والذي بمقتضاه تمت إضافة الباب الربع إلى قانون المــرافعات ١٩٤٩/٧٧، وقــد جاء في المذكرة، "بأن المشروع قد رأى إبراز الأحــوال التي يكون فيها اختصاصه جوازياً، فجعل اختصاص القضاء الوطني أصلياً في الأحوال المنصوص عليها في المواد ٨٦١، ٨٦٣، ٨٦٦ وجوازياً في الأحوال المنصوص عليها في المواد ٨٦١/٢، ٨٦٢، ٨٦٤"[104].

والملاحــظ، أن النصــوص المــنظمة للاختصــاص الدولي للمحاكم المصــرية فــي قانــون المرافعات الحالي، قد استهلت جميعها بعبارة "تختص

---

[103] د. محمد كمال فهمي، الموضع السابق.

[104] مشار لها في: د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٨.

محاكم الجمهورية...". وإزاء ما تقدم، ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول برفض التفرقة بين الاختصاص القاصر والمشترك قائلاً "أن محاكم الدولة تكون مختصة أو غير مختصة. فهناك بالنسبة لمحاكم دولة معينة اختصاص وعدم اختصاص، ولكن لا يوجد اختصاص قاصر عليها واختصاص غير قاصر عليها، وذلك لأن كل دولة تحدد اختصاص محاكمها ولا توجد سلطة عليا فوق الدولة ترسم حدود ولاية القضاء لكل منها، وكل دولة وهي تحدد اختصاص محاكمها لا تسلم بأن محاكم أي دولة أجنبية يمكن أن تعادل محاكمها في أداء العدالة بالنسبة لما يدخل في اختصاصها، أو أن تزاحمها في هذا الاختصاص"، "وليس أدل على عدم وجود اختصاص مشترك، من أن "الدفع بالإحالة لقيام ذات الدعوى أمام محاكم دولة أخرى مجحود في فقه القانون الدولي الخاص وفي القانون الوضعي"[105]. وقد أجيب على ذلك، بأن "المشرع إذا استعمل في تقنين واحد اصطلاح "تختص المحاكم المصرية" في موضع وعبارة "يجوز رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية" في موضع آخر، فهذا أمر يقطع في الدلالة على اتجاه نية المشرع إلى التفرقة بين الحالتين من حيث طبيعة الاختصاص، وهذا ما فعله المشرع في قانون ١٩٤٩، وهو ما أفصح عنه فعلاً في مذكرته الإيضاحية، أما إذا استعمل المشرع اصطلاح "تختص" المحاكم المصرية استعمالاً مطلقاً في جميع النصوص المتعلقة بالاختصاص العام، كما فعل في تقنين المرافعات الحالي، فإن هذا الأمر لا يقطع في الدلالة على اتجاه نية المشرع إلى هدم التفرقة المشار إليها وإلى التسوية بين جميع الحالات من حيث طبيعة الاختصاص، لأن كلمة "تختص" المحاكم إذا استعملت استعمالا مطلقاً عاماً، لا تعني أكثر من ثبوت ولاية القضاء لتلك المحاكم، دون أن تفصح عن طبيعة الاختصاص في الحالة التي نحن بصددها، ومن المألوف أن يستعمل المشرع اصطلاحا عاما تاركاً أمر التفصيل لاجتهاد الفقه والقضاء"[106].

---

[105] د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ط٩، ص ٧٤٣.

[106] د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٩.

ويستند صاحب الرأي المعروض إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الحالي، بخصوص نص المادة ٢٩٨ والمتعلقة بشروط تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية في مصر، فقد صرحت الأخيرة بأنه "قد أخذ المشروع بحكم القانون القائم في أن الاختصاص القضائي للمحكمة الأجنبية يتحدد وفقاً لقانونها، ولكنه أورد عليه قيداً مؤداه أنه يتعين ألا تكون المنازعة التي صدر فيها الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه داخلة في اختصاص محاكم الجمهورية، وذلك لكفالة عدم الانتقاص من هذا الاختصاص ... ولم يشأ المشرع أن يعالج في هذا النص مسألة الاختصاص القاصر على محاكم دولة التنفيذ والاختصاص المشترك فيما بينها وبين المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب الأمر بتنفيذه، لأنها مسألة فقهية يحسن تركها لاجتهاد الفقه والقضاء يواجهان بها تطور المعاملات الخاصة الدولية ...". ويرى صاحب الرأي المعروض، أن التعليق السابق، والذي أوردته المذكرة الإيضاحية، بخصوص المادة ٢٩٨ مرافعات حالي، صريح وقاطع في عدم اتجاه نية المشرع المصري في القانون الجديد، إلى هدم التفرقة بين الاختصاص الوجوبي والاختصاص الجوازي، والتي كانت قائمة في ظل قانون المرافعات القديم لعام ١٩٤٩[107]. وفضلاً عما تقدم، يؤكد الفقيه الماثل، "عدم إمكان هدم التفرقة بين الاختصاص الأصلي والاختصاص الجوازي، لأن مثل هذه التفرقة إنما تفرض نفسها بالضرورة، لأن من حالات الاختصاص العام ما لا تحتمل إلا أن تكون من حالات الاختصاص الجوازي"[108]. وتوضيحاً لوجهة النظر السابقة، يقول الفقيه الماثل، أن المادة ٢/٣٠ من قانون المرافعات الحالي، تنص على أنه " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي تُرفع على الأجنبي الذي ليس له

---

(107) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٩.

(108) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٠.

موطن أو محل إقامة في مصر إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الإقليم المصري". وتنص المادة ٢٨ مرافعات حالي، على انه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي تُرفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في مصر وذلك فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج". "ففي الحالتين، استعمل المشرع المصري عبارة "تختص محاكم الجمهورية". ولكن هل يعني هذا أن طبيعة الاختصاص واحدة في الحالتين؟ من الواضح أن الاختصاص في الحالة الأولى وجوبي أو إلزامي، لأنه يقوم على واقعة إقليمية وهي وجود المال محل النزاع بالإقليم المصري، ولكن الاختصاص في الحالة الثانية، لا يمكن أن يكون إلا جوازياً، لأن المبدأ هو جواز اختصام أي شخص أمام محاكم دولته نتيجة لسيادة الدولة الشخصية على رعاياها، ولأن وجوب اختصام الشخص أمام محاكم دولته أمر لا يمكن التسليم به لا قانوناً ولا عقلاً، لأن معناه أنه لا يجوز رفع الدعوى على الأجنبي بأية حال وبناء على ذلك، فإن مجرد كون المدعى عليه مصري الجنسية – الذي يعتبر سببا لثبوت ولاية القضاء للمحاكم المصرية – لا يحول دون قبول المصري المدعى عليه لولاية محكمة أجنبية في منازعة معينة ولا يحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر، طالما لم يتحقق للمحاكم المصرية أي سبب من أسباب الاختصاص الأصلي بالمنازعة"[109].

وفي ضوء ما تقدم، ينتهي الفقيه المائل إلي القول بأنه لا يزال متمسكاً بوجهة نظره في ظل قواعد قانون المرافعات الجديد والتي توجب التفرقة بين حالات الاختصاص الإلزامي وحالات الاختصاص الجوازي، حيث أن النصوص التي أوردها قانون المرافعات الجديد، لا تحول دون الأخذ بها؛ "ورائدنا في تلك التفرقة ما تشف عنه طبيعة الحالة بوضوح، ومرجعنا كذلك

---

[109] د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٠ – ٦٢١.

الأصل التاريخي للنص، وعلى الأخص بالنسبة لحالات الاختصاص المبنية على نوعية الدعوى[110]. على أثر ما تقدم، يعرض الفقيه الماثل، لحالات الاختصاص الوجوبي ولحالات الاختصاص الجوازي وذلك على النحو التالي:

أولاً: يشمل الاختصاص الإلزامي أو الوجوبي الحالات التالية:

أ- إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته في مصر[111].

ب- إذا كان للأجنبي المدعي عليه موطن مختار في مصر[112].

ج- إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في مصر[113].

د- حال وجود مال في مصر[114].

هـ- حال نشأة الالتزام في مصر أو تنفيذه على ترابها أو وجوب تنفيذه فيها[115].

و- إذا تعلق الأمر بإفلاس أشهر في مصر[116].

ز- مسائل الولاية على المال[117].

ح- مسائل الإرث والدعاوى المتعلقة بالتركة[118].

---

(110) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢١.

(111) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢١
د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٣.

(112) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٦.

(113) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٧.

(114) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٩.
د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٧ – ٥٩.

(115) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢٩ – ٦٣٠.

(116) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣٠.
د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٩ – ٦٠.

(117) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣١.
د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٠.

(118) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣٢.
د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦١.

ط- الإجراءات الوقتية والتحفظية[119].

ثانياً: ويشمل الاختصاص الجوازي الحالات التالية:

أ- إذا كان المدعى عليه مصري الجنسية[120].

ب- الخضوع الاختياري[121].

ج- المسائل الأولية والطلبات العارضة والدعوى المرتبطة[122].

د- إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يُراد إبرامه لدى موثق مصري[123].

هـ- طلب فسخ الزواج أو التطليق أو التفريق البدني[124].

و- طلب نفقة للأم أو للزوجة أو للصغير[125].

ز- الدعوى المتعلقة بنسب صغير يقيم في مصر، أو بالولاية عليه[126].

---

(119) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣٤.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٢ – ٦٣

راجع د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٤٠ – ٤١ حيث يعرض لفكرة السريان الشخصي والسريان الإقليمي لقانون المرافعات المصري، كذا لفكرة غلبة العنصر الوطني على العنصر الأجنبي في الخصومة، كذلك للفكرة المعاكسة وهي غلبة العنصر الأجنبي على العنصر الوطني في الخصومة. فما تقدم يشكل أساس الفقه المعروض لسيادته. وهي مسألة جديرة بالتنويه.

(120) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣٥.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٥ – ٦٩.

(121) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٣٨.

(122) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٠.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٧٤.

(123) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٧.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٧٣.

(124) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٧.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٩.

(125) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٨.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٣.

ح- الدعــوى المــتعلقة بمســألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعـــي وطنــياً، أو أجنبــياً متوطنا في مصر، وذلك إذا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج إذا كان القانون الوطني واجب التطبيق في الدعوى[127].

هــذه هي حالات الاختصاص الجوازي التي قال بها جانب من أنصار الاتجاه القائل، بوجوب تقسيم حالات الاختصاص القضائي الدولي، إلى وجوبي أو إلزامي وجوازي.

ويذهب فريق آخر

مــن أنصار هذا الاتجاه، إلى تأييد الرأي السابق، على أساس اتفاقه مع "روح النصــوص المنظمة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي"، مع الانطلاق من "نقطة بداية مختلفة"[128]. وإيضاحا لرأيه، يذهب الفقيه المتقدم إلى القول بأن تحديــد "مــدى تعلق قواعد الاختصاص الدولي بالنظام العام، يجب أن ينبع من طبيعة الاختصاص الدولي ذاته ومقتضيات العلاقة القانونية الدولية محل النزاع، لا مــن الدلالــة اللغــوية أو الاصطلاحية لألفاظ النصوص"[129]. ووفقاً للرأي المعــروض، فمــن الملائــم، العــودة بقواعد الاختصاص إلى حظيرة القانون الخــاص، وحتــى إذا سلمنا بالطبيعة المختلطة لقواعد الاختصاص، حيث أنها تحقــق أغــراض عامة وأغراض خاصة في نفس الوقت، وكانت هذه الطبيعة

([126]) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٤٨.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٧٢ – ٧٣.

([127]) د. محمد كمال فهمي، الموضع السابق.

د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٦٩ وما بعدها.

راجع ما قبله، حيث بينا الأساس الذي يستند إليه الفقيه الماثل في الحلول المعروضة الآن.

([128]) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١١.

([129]) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

المختلطة مبررة في نطاق القانون الداخلي، فإن القانون الدولي الخاص أولى بها؛ أو بعبارة أخرى "وحتى إذا قلنا أن الاختصاص القضائي ذو طبيعة مختلطة تفرضها من ناحية أغراض عامة متصلة بقواعد العدل وحسن إدارة القضاء، ومن ناحية أخرى مقتضيات حماية المصالح الخاصة للأفراد، وكانت هذه الطبيعة تجد تبريراً في نطاق القانون الداخلي، فإن بقاؤها في مجال القانون الدولي الخاص أولى، فلا شك أن من أهداف هذا القانون هو العمل على تنظيم الروابط الخاصة الدولية، وتأمين العلاقات القانونية التي تنشأ عبر الحدود الوطنية، وكما يرى الفقه الراجح، أن توفير الأمان القانوني للعلاقات الخاصة الدولية هو مرمى القانون الدولي الخاص، فيجب دائما لذلك حماية توقعات الأفراد"[130].

ويستمر الفقيه المائل، عارضاً رأيه، حيث يسلم بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد آمرة، ولكنها لا تتعلق بالنظام العام بدرجة واحدة. وبيان ذلك، أنه "لا يوجد تطابق .. بين الصفة الآمرة لقاعدة قانونية ما واعتبارها من النظام العام، فإذا كانت القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام، هي دائماً قواعد آمرة، إلا أن العكس لا يكون صحيحاً في جميع الأحوال، فقد توجد قاعدة قانونية آمرة ولكنها لا تتعلق بالنظام العام. فالقاعدة التي تفرض إجراء تصرف معين في شكل خاص هب قاعدة آمرة لا يمكن الخروج عليها ولكنها لا تعتبر بالضرورة من قواعد النظام العام، فالنظام العام لا يتعلق إلا بكل ما هو ضروري ولازم لحسن إدارة وسير النظم الأساسية في المجتمع وبكل ما يسمى المبادئ العليا التي يقوم عليها مجتمع الدولة"[131]. وانطلاقاً من المقدمة السابقة، ومقتضاها تفاوت درجة تعلق قواعد الاختصاص القضائي

---

(130) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٣.

(131) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٤ – ٢١٥، والمراجع المشار إليها فيه.

الدولي بالنظام العام، يرى الفقيه الماثل، وجوب تقسيم قواعد الأخير على النحو التالي: "فالقواعد التي يقصد من ورائها حسن إدارة القضاء وحماية السلام العام فهـــي تـــتعلق بالـــنظام بدرجة وثيقة ويبطل كل اتفاق يتم بين الأطراف بقصد الخـــروج عن تلك القواعد، و نذكر منها القاعدة التي تعقد الاختصاص لمحاكم المصـــرية بنظـــر الدعاوى المتعلقة بمال موجود في مصر أو المتعلقة بمسائل الإفـــلاس وكذلك الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية، فهنا توجد رابطـــة قـــوية بين النزاع والإقليم المصري وتبرر اختصاص المحاكم الوطنية وتجعـــل الحكـــم الصادر منها مكفول النتائج والآثار التنفيذية، وهذا على عكس الحال في خصوص القواعد الأخرى المنظمة للاختصاص القضائي والتي ترمي أساساً إلى التيسير على المتقاضين ورفع الحرج عنهم، وهي عادة تكون الرابطة فـــيها بالإقلـــيم المصـــري ليســـت من القوة التي تبرر قصر الاختصاص على المحـــاكم المصرية ومنع الأطراف من الخروج عنها ونذكر من تلك القواعد ما ينبنـــي فـــيها الاختصـــاص على أساس الجنسية المصرية للمدعى عليه أو على أســـاس قـــبول أطراف الدعوى، وكذلك ضابط الاختصاص في المسائل الأولية والـــدعاوى المـــرتبطة عموماً وضابط موطن أو محل المدعى عليه..." (132).

ويؤكد الفقيه الماثل أن المادة ٣٢ من قانون المرافعات المصري يمكن أن تؤدي دوراً مـــزدوجاً: فمن ناحية أولى، تعتبر المادة السابقة جالبة للاختصاص. ومن ناحـــية أخرى، تعتبر سالبة الاختصاص المقرر للمحاكم المصرية ولا يوجد في نصـــوص التشريع المعني ما يحول دون ذلك، ولو أراد المشرع المصري منع الخصـــوم مـــن ســـلب الاختصـــاص المقرر للمحاكم المصرية لنص على ذلك صراحة وعلى نحو قاطع؛ أو بعبارة أخرى "إذا كان المشرع قد جعل من إرادة الخصـــوم ضـــابطاً لعقـــد الاختصاص في المحاكم المصرية في المادة ٣٢ من

(132) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٥ – ٢١٦.

قانون المرافعات، أي من شأنها جلب الاختصاص للقضاء الوطني، فإننا لا نتفق مـــع الفقـــه المصري الذي يؤيد الصياغة المفردة لتلك المادة، وجعلها فقط سبباً لجلـــب الاختصاص للقضاء المصريِ دون أن تسلبه مستنداً في ذلك إلى الصفة الآمرة لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية. ونحن نرى أن المادة ٣٢ مـــرافعات يمكـــن أن تلعـــب دوراً مزدوجاً، فهي إن أجازت للأفراد الخضوع الإرادي للقضـــاء المصـــري، فهـــي في ذات الوقت لم تمنع الخضوع الإرادي لقضـــاء دولة أجنبية، ولو أراد المشرع منع الدور السالب لإرادة الأطراف، أي الخـــروج عـــن اختصاص المحاكم المصرية لنص على ذلك دون تردد"[133]. وتفريعاً على ما تقدم، يرى الفقيه الماثل إمكان سلب الاختصاص الدولي المقرر للمحـــاكم المصرية، إذا ما تعلق الأمر بحالة من حالات الاختصاص الجوازي، حيث يجوز للخصوم الاتفاق على تقرير الاختصاص لمحكمة أجنبية معينة[134]. والـــرأي المعـــروض – فـــي نظر صاحبه – "لا يتعارض مع روح النصوص المـــنظمة للاختصـــاص القضائي للمحاكم المصرية، فمن شأنه ملاءمة ظروف ومصـــالح الـــتجارة الدولـــية طالمـــا أن هذا لا يتعارض مع قاعدة من قواعد الاختصـــاص متعلقة مباشرة بالنظام العام أو تفرضها قاعدة من قواعد البوليس والأمـــن المدنـــي"[135]. وفي النهاية، فإنه مما يدعم الرأي المعروض – حسبما يـــرى صـــاحبه – إجـــازة المشرع للتحكيم، سواء كان ذلك في نطاق نصوص قانـــون المـــرافعات أو قانون استثمار رأس المال العربي و الأجنبي، استجابة لمقتضيات الحياة الخاصة الدولية. [136]

---

[133] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٦.

[134] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٧.

[135] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٨ – ٢١٩.

[136] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٩.

تقدير هذا الاتجاه:

يـــذهب جانـــب مـــن الفقه إلى القول بأن الاتجاه الذي يتزعمه د.محمد كمال فهمي، له فضل "إبراز أهمية الربط بين طبيعة الاختصاص المباشر الذي يكـــون للمحاكم المصرية وبين الاختصاص غير المباشر الذي يثور في الفرض الذي يراد فيه تنفيذ حكم أجنبي في مصر". ذلك أن المعروف أنه "يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي في مصر ألا تكون المحاكم المصرية مختصة بالفصل في النزاع الـــذي صدر فيه هذا الحكم وطبيعي أن يكون اختصاص المحاكم المصرية الذي يحـــول دون تنفـــيذ الحكم الأجنبي اختصاصا أصليا أو وجوبياً، أما اختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع جوازا فليس من شأنه أن يحول دون تنفيذ الحكم الأجنبـــي في مصر"[137]. وقد لاحظ البعض، أن الرأي المتقدم "يعبر عن حقيقة قائمـــة مـــن ناحـــية، ويفصـــح عن وجود ما يمكن تسميته بالأزمة من ناحية أخرى"[138].

فمن ناحية أولى، الرأي محل الدراسة، إنما يكشف بصدق، عن وجود حـــالات اختصـــاص، تـــربط ارتباطا وثيقا بالإقليم المصري، على نحو يبرر اســـتئثار المحـــاكم المصرية بنظر كافة المنازعات المتعلقة بها. وهناك حالات اختصـــاص أخرى، يختص القضاء المصري والأجنبي بنظرها على حد سواء، إعمـــالاً لقـــواعد الاختصـــاص الدولي في القانون المصري والقوانين الأجنبية المعنية. ويتصور في هذه الحالة أن يكون القضاء الأجنبي أقدر على الفصل في النـــزاع مـــن القضاء المصري، "بحيث يوجب مبدأ الاقتصاد في الخصومة من جانب، وحماية المصالح الخاصة الدولية من جانب آخر أن يعترف قضاؤنا بهذا الاختصاص مع ما يترتب على ذلك من آثار"[139].

---

(137) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٨، ٢٥٠.

(138) د. عكاشة عبد العال، الموضع السابق.

(139) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٩، ٢٥٢، ٢٥٣.

ومن ناحية ثانية، فهناك أزمة في المصطلح المستعمل للدلالة على هذا المضـــمون، فهـــناك تـــرادف بين الاختصاص الأصلي، والوجوبي، الإلزامي، المـــتعلق بالـــنظام العـــام، والقاصـــر، وبالمثل فهناك ترادف بين الاختصاص الجوازي، الممكن غير المتعلق بالنظام العام، المشترك"[140]. وخروجا من هذه الأزمـــة، يقتـــرح الـــبعض التعبير عن الفكرة المعنية "بما يعني قدرة المحكمة الوطنية على الفصل بالمنازعة على ضوء قدرة المحكمة الأجنبية المتصلة هي الأخـــرى بـــذات المـــنازعة والمـــنعقد لها الاختصاص وفقا لقانون هذه الدولة الأجنبية"[141].

ويُعاب على الرأي المعروض، عدم تسليمه بإمكان اتفاق الخصوم على اختصـــاص محكمـــة أجنبـــية، في أية حال من حالات الاختصاص الجوازي، بالرغم من سبق تسليم صاحب هذا الاتجاه ذاته، بعدم تعلق حالات الاختصاص الجـــوازي بالنظام العام، وبما يفيد إمكان قيام الخصوم بالاتفاق على ما يخالفها، ومـــا يســـتتبعه ذلـــك مـــن إمكان عقد الاختصاص – في حالات الاختصاص الجـــوازي – لمحكمة أجنبية مختصة دوليا وفقا لقانونها[142]. وإزاء ذلك، ذهب

---

(140) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٠٠؛

وراجع أيضًا: د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٦ وما بعدها، ص ٦٧٢ وما بعدها.

(141) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

(142) د. محمـــد كمـــال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٧، حيث يقول "قواعد الاختصاص الأصلي... وهـــي مـــتعلقة بالنظام العام، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها باتفاقهم، فإذا تحقق للمحاكم المصـــرية ســـبب مـــن أســـباب الاختصاص الأصلي، ليس للأفراد أن ينزعوا عنها هذا الاختصاص بالاتفاق، أما حالات الاختصاص الجوازي ففيها تثبت للمحاكم المصرية ولاية الفصل في النزاع، ولكنها ليست متعلقة بالنظام العام بالمعنى المشار إليه".

"والمعنـــى الجليّ الذي ينساب من هذه العبارة، أنه متى تعلق الأمر بحالات الاختصاص الجوازي، فإنه يكون للأفراد أن يخرجوا عن هذه الحالات باتفاقهم، وإذا كان الحال كذلك، وإذا كان صاحب هذا الرأي يعتبـــر حالـــة الخضوع الاختياري للقضاء المصري من قبيل حالات الاختصاص الجوازي، فإن منطق قـــوله كـــان يســـتتبع بالضـــرورة إمكانية اتفاق الأطراف على سلب الاختصاص من القضاء المصري

جانـــب من الفقه إلي القول بأنه "يبدو تحت ناظرينا مثل هذا القول منطويا على تعارض وتناقض يتعذر رفعه"[143]. ويضاف إلى ما تقدم، أن فكرة الاختصاص المشـــترك والقاصـــر، يجب ألا تتحول إلى معيار، يتم بموجبه تصنيف حالات الاختصـــاص، وإدخال بعضها في طائفة الاختصاص القاصر، وإدخال البعض الآخـــر مـــنها فـــي طائفـــة الاختصاص الجوازي المشترك. والممكن في هذا الخصوص، استخدام أي من المصطلحين السابقين، لوصف حالة واقعية معينة، والقـــول بـــأن الاختصاص في الحالة (أ) على سبيل المثال، إنما هو اختصاص قاصـــر، وأن الاختصـــاص فـــي الحالة (ب) على سبيل المثال، هو اختصاص مشـــترك، وهكذا[144]. وعلى العكس من ذلك، فصاحب الرأي المعروض، إنما يصـــنف حـــالات الاختصـــاص ويـــوزعها على الطائفتين سالفتي الذكر، وهذا التصنيف نهائي ولا يقبل إعادة النظر، وفقا لرأيه، في أي حال. فإذا تعلق الأمر بمدعى عليه متوطن في مصر أو مقيم فيها، فهنا يعتبر الأمر متعلقا باختصاص اســـتئثاري للمحـــاكم المصرية، مهما كانت ظروف النزاع وملابساته، حتى لو كانـــت المحكمـــة الأجنبية أكثر صلة بالنزاع وأقدر على الفصل فيه، فرغم هذه الاعتـــبارات، يـــرى الفقيه الماثل، وجوب استئثار القضاء المصري بنظر هذا النـــزاع، وعدم جواز تنفيذ الحكم الأجنبي المعني في هذه الحالة. وعلى نقيض ذلـــك، فـــإذا تعلق الأمر بالمسائل الأولية والمرتبطة والعارضة، فإن ذلك يعني دخـــول الحالـــة المعنية في حالات الاختصاص الجوازي أو المشترك للمحاكم

والمعهـــدة بـــه لمحـــاكم دولة أخرى أجنبية على اتصال هي الأخرى بالمنازعة" (د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٧ – ١٩٨)، مع ذلك يعود د. محمد كمال فهمي، ص ٦٣٩ إلى تقرير ما يلي: "ولكن قبول اختصاص محكمة أجنبية لا يسلب المحاكم المصرية اختصاصها في أية حالة يثبت لها فيها سبب من أسباب الاختصاص"

[143] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٨.

[144] في هذا المعنى: د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥١.

المصـــرية، مهمـــا كانـــت ظـــروف النزاع وملابساته، حتى لو كانت المحكمة المصرية أكثر صلة بالنزاع وأقدر على الفصل فيه، فرغم هذه الاعتبارات، فإن مـــنطق الفقه المعروض إنما يعني جواز تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في إحدى حـــالات الاختصاص الجوازي، وعدم رفض تنفيذ هذا الحكم بدعوى اختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع.

فكـــأن "صاحب هذا الرأي يرى أن الحالات التي حددها (بوصفها من الاختصاص الأصلي وتلك المعتبرة من الاختصاص الجوازي) هي حالات ثابتة لا تتغيـــر طبيعتها من منازعة لأخرى، فصاحب هذا الرأي ينكر فكرة الملاءمة فـــي هذا الميدان، وينكر من ثم كل تطور قد يصيب الحياة الدولية. ونكران هذه المعانـــي منه نقرأ مسجلا في انتقاده لحكم محكمة النقض المصرية لسنة ١٩٦٤ – والـــذي سيأتي ذكره – حين عاب عليها استخدام (عبارات على درجة كبيرة من المرونة) مثل مقتضيات الملاءمة وحاجة المعاملات الدولية، وتلك العبارات المرنة لا تتسق مع ما يجب أن تصفه به قواعد الاختصاص القضائي من ضبط وتحديـــد"[145]. وقد لاقت النظرة المتقدمة نقدا من البعض، لأن التسليم بها إنما يعنـــي إغـــلاق باب الاجتهاد من الآن، ومصادرة حق كل مجتهد في المستقبل، علـــى نحـــو يســـاير حـــركة التطور، ويكفل ازدهار العلاقات الخاصة الدولية واضـــطرادها، وهـــو الهـــدف الذي يقوم القانون الدولي الخاص على تحقيقه، بأقصـــى درجـــة ممكـــنة[146]. ويضيف البعض الآخر، إلى ما تقدم، أن مجال الاختصـــاص القضـــائي، هـــو مجـــال قائم أساسا على الملاءمة العملية ومدى

---

(145) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥١؛

ود. محمـــد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٨٠ – ٦٨١، حيث أن العبارات الأخيرة صادرة عنه، رحمه الله

(146) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٥١.

الــرابطة الفعلــية بــين النزاع ومحاكم الدولة[147]، ومقتضى ما تقدم، وجوب معالجــة الأمــر بدرجة كبيرة من المرونة والملاءمة، والبعد قدر الإمكان عن التقسيمات الحادة الجامدة المجردة من كل اعتبار واقعي وعملي.

وقد رأينا من قبل، أن هناك من يعتنق الاتجاه السابق، ولكن على أسس مخــتلفة[148]. وبــيان ذلك، أن هناك تفاوتا في درجة تعلق قواعد الاختصاص القضــائي الدولي بالنظام العام، بالرغم من أن كافة قواعد الاختصاص القضائي الدولــي، هي قواعد آمرة[149]. ويُعاب على الرأي المتقدم، إقحامه فكرة النظام العــام، فــي مجــال المعروض، بالرغم مما تتصف به هذه الأخيرة من مرونة وعــدم دقة، وبالرغم من عدم ملاءمتها في مجال الاختصاص القضائي الدولي، باعتــباره مجــالا مبنيا على اعتبارات الملاءمة العملية؛ أو بعبارة أخرى فمن الــواجب "عــدم إقحام فكرة النظام العام في مجال تحديد الاختصاص القضائي. فمــن المعلوم أن فكرة النظام العام تتسم بالمرونة وعدم الدقة مما يجعل إعمالها فــي مجــال الاختصــاص القضــائي – وهو مجال قائم أساسا على اعتبارات الملاءمة العملية ومدى الرابطة الفعلية بين النزاع ومحاكم الدولة – أمرا محفوفا بالمحاذيــر"[150]. ومــن ناحــية أخرى، فلا يوجد إجماع بين القائلين بالاتجاه المعروض، حول حالات الاختصاص المتعلقة بالنظام العام، وتلك التي لا تتعلق بالنظام العام. ونعطي مثالا لما تقدم، ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن القاعدة المقــررة لاختصــاص المحاكم المصرية إذا كان للمدعى عليه موطن أو محل

---

(147) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٤٤٥.

(148) راجع ما قبله.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١١.

(149) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(150) د. فــؤاد ريــاض، د. ســامية راشد، المرجع السابق، ١٩٩٤، ص ٤٤٥ – ٤٤٦؛ وراجع أيضا ص ٤٦٥.

إقامـــة فـــي مصر، هي من حالات الاختصاص الأصلي[151] بينما ذهب جانب آخـــر من الفقه – والذي يعتنق ذات الرأي المعروض – إلى القول بعدم دخول الحالة السابقة في حالات الاختصاص الإلزامي[152].

وإعمـــال فكـــرة النظام العام في المجال الماثل، إنما يؤدي إلى التحكم، نظراً لما تتمتع به الفكرة المتقدمة من غموض ومرونة ونسبية. فمن المتصور، أن يقـــدر البعض أن حالة من حالات الاختصاص الدولي، تعتبر متعلقة بالنظام العام، في حين أن فقيه آخر، يقدر عدم تعلقها بالنظام العام، وقد مثلنا لذلك فيما تقـــدم. "ولا شبهة في أن مثل هذا التباين في النظر بالنسبة للمسألة الواحدة أمر يؤدي إلى نتائج بالغة الخطورة بالنسبة لتنفيذ الحكم الأجنبي في مصر"[153].

وقـــد رأيـــنا من قبل، أن المجال الماثل، مبني على اعتبارات الملاءمة العملـــية والفعالـــية، ومن هذا المنطلق، فمن الواجب علينا، "عدم وضع قواعد جامدة تضيف تعقيداً لمسألة لا ينقصها التعقيد والغموض، ففي العنت الذي تثيره فكرة النظام العام في مجال التنازع الكفاية، بما لا تبقي معه حاجة للاستعانة بها في ميدان الاختصاص القضائي الدولي"[154].

---

(151) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦٢١؛
أيضاً د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ٥٣ – ٥٧.

(152) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٦ والمراجع المشار إليها.

(153) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

(154) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

المبحث الثالث
فكرة الرابطة الوثيقة

استعرضـــنا في المبحث الأول من هذا المبحث، الاتجاه القائل بالطبيعة الآمـــرة، لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، وقد رأينا تفصيلا فيما تقدم، أن أصـــحاب هـــذا الاتجـــاه، لا تتطابق آراؤهم. فمنهم من يذهب إلى عدم جواز مخالفـــة قـــواعد الاختصـــاص القضائي الدولي إطلاقا، مع عدم جواز التخلي أو الإحالـــة. ومنهم من يذهب، إلى عدم جواز مخالفة أحكام الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية إلا حال تعلق الأمر بضابط الجنسية بالنسبة للمدعى عليه، مع عـــدم جواز التخلي أو الإحالة. وذهب اتجاه ثالث، إلى القول بعدم جواز مخالفة الخصـــوم لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، مع جواز التخلي أو الإحالة من جانـــب القاضـــي المصري. وقد عرضنا لأوجه النقد العديدة الموجهة إلى هذا الاتجاه. وعلى أثر ذلك، قمنا بعرض الاتجاه الثاني والذي يقسم أصحابه ضوابط الاختصـــاص الدولي للمحاكم المصرية، إلى ضوابط للاختصاص الاستئثاري، وضـــوابط للاختصاص المشترك. وقد عرضنا لأوجه النقد العديدة الموجهة إلى هـــذا الاتجـــاه، كمـــا عرضـــنا أيضا. ويحق لنا الآن أن نتساءل، عن الطريق الصـــحيح الـــذي يتعين علينا السير فيه، حتى نصل إلى الهدف المطلوب. حتى نضـــع المســـألة المـــثارة موضـــعها الصـــحيح، فمن الواجب علينا أن نراعي الاعتبارات التالية: [155]

الاعتـــبار الأول: أن قـــواعد الاختصـــاص القضائي للدولي، هي ذات طبـــيعة خاصـــة، وأن الهـــدف منها، هو حماية الحقوق الخاصة، للخصوم في المنازعات ذات العنصر الأجنبي[156].

---

[155] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١ وما بعدها.

د. هشام خالد، طبيعة...، المرجع السابق، ص ١٧٥ ومابعدها.

د. هشام خالد، الشرط السالب...، المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها.

[156] د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٢ – ٢١٣ والمراجع المشار إليها.

الاعتبار الثاني: أن القواعد محل الدراسة، إنما يجب أن تؤدي دورها، في تحقيق الحماية القضائية الفعالة للعاملين في مجال التجارة الدولية[157].

الاعتبار الثالث: أن إجازة جلب الاختصاص للمحاكم المصرية، إنما يقتضي أيضا، القول بجواز سلب الاختصاص من هذه المحاكم، نظرا لعدم وجود نص قانوني صريح وقاطع، يحظر مثل هذا الوضع[158].

الاعتبار الرابع: أن المسألة المطروحة، "هي واحدة من المسائل التي انسكب معها المداد غزيراً على أقلام الكاتبين، الغموض يلفها والعنت يقابل الباحثين فيها والمرونة من خصائصها" – ومن الواجب علينا "هجر الاصطلاحات غير المحددة التي تضيف للموضوع تعقيدا على تعقيد فلا يصح نعت قواعد الاختصاص القضائي الدولي المباشر بأنها من النظام العام، أو بأن منها ما هو أصلي وما هو جوازي وغير ذلك من الاصطلاحات"، وانه "ليس ثمة معيار حاسم يمكن بمقتضاه تعيين الحالات التي تدخل في نطاق الاختصاص الانفرادي أو الملزم للمحاكم الوطنية وإنما توجد ثمة وحسب بعض تطبيقات متناثرة"[159].

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١.

(157) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩١.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٣.

د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ١٠١.

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٩٠٧.

(158) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، المرجع السابق، ص ٤٤٦.

د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ١٠٢.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٦.

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٧٩ – ١٨٠.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٥، ٢٠٥.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص١٣٦.

(159) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٣١٥، ٢٩٢.

الاعتبار الخامس: وجوب توفير الحماية القضائية للطرف الضعيف اجتماعيا، أو اقتصاديا[160]، وعدم إنكار العدالة في أي حال.

الاعتبار السادس: وجوب عدم التلاعب والغش نحو قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية

الاعتبار السابع: أن القواعد المنظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية، وإن وردت في قانون المرافعات المدنية والتجارية لعام ١٩٦٨، إلا أنها مبحث أصيل من مباحث القانون الدولي الخاص، وأن الأخير هو موطنها العلمي[161].

الاعتبار الثامن: لا جدوى من إثارة مبدأ إقليمية وشخصية قواعد قانون المرافعات، حال الحديث، عن قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، استنادا إلى مبدأ إقليمية القانون، والذي يراه البعض بمثابة مبدأ عام على مستوى النظرية العامة[162] ذلك الثابت أن قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية - برغم وروده في تقنين المرافعات - جزء من القانون الدولي الخاص، ولا تمت لقانون المرافعات بصلة البتة. ومن ثم لا مجال لإقحامها في مباحث هذا القانون، وإخضاعها لأحكامه العامة كما يرى البعض دون وجه حق.

---

(160) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨١.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٩٥، ٢٩٧.

د. عنايت ثابت، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(161) وبيان ذلك، أن جانبًا من الفقه المصري، قد ذهب إلى أن "الموطن العلمي لهذه القواعد هو قانون المرافعات، وقد أوردها المشرع المقارن (الألماني والإيطالي والمصري والسوري مثلاً) ضمن مجموعة المرافعات المدنية والتجارية. ومبنى هذا الاتجاه أن القواعد المعنية هي - وبلا خلاف - قواعد إجرائية".

(162) د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ١٤٣ - ١٤٤.

الاعتـــبار التاسع: أن المشرع إنما يجيز للخصوم تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم[163] داخل البلاد أو خارجها ولا يضع ثمة قيد على حرية الأفراد فـــي عقــد جلسات التحكيم وحسم الخصومة التحكمية خارج مصر. ومثل هذا النظــر يمكــن أن يســاعدنا في فهم طبيعة قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية.

في ضوء الاعتبارات السابقة

يمكــن لنا القول، بأنه في وسع الخصوم التداعي أمام المحاكم الأجنبية، فــي إحــدى الحــالات المقــررة، بموجب قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصـــرية، ولــن يستطيع المشرع المصري أن يمنعهم من ذلك، ما دام هناك تراضي بينهم على سلب الاختصاص من المحاكم المصرية والعهدة بالنزاع إلي محكمة أجنبية[164]. ولكن من المتصور، أن يقوم أحد الخصوم برفع دعوى أمام المحــاكم المصـــرية بطلـــب الحكم ببطلان الشرط السالب لاختصاص المحاكم المصرية، والوارد في العقد المبرم بينه وبين المتعاقد الآخر. هنا يُثار التساؤل، حـــول الموقـــف الـــذي يتعين على المحكمة المصرية أن تتخذه في هذا المقام، وإزاء هـــذا الطلب؟ منطق القائلين بالطبيعة الآمرة المطلقة لقواعد الاختصاص القضـــائي الدولي للمحاكم المصرية، وإنما يؤدي إلي القول ببطلان هذا الشرط مطلقـــا وفـــي كل الأحوال مهما كانت الظروف والملابسات المحيطة بالدعوى المعنـــية، وبالرغم من أن المحكمة الأجنبية هي الأقرب للنزاع والأكثر صلة به والأقدر على نظره والأجدر بالفصل فيه[165].

---

(163) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٥٩.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢١٩.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٣٦ والمراجع المشار إليها.

(164) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٥٨، ٥٩.

(165) راجـــع فقـــه: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٠ وما بعدها، ص ٥٥ وما بعدها على وجه الخصوص.

ويـــذهب الـــبعض إلي القول بالصفة الآمرة للقواعد محل الدراسة، مع إجـــازة ســـلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، حال تعلق الأمر بضابط الاختصـــاص المبنـــي على الجنسية المصرية للمدعى عليه، مع عدم توافر أي ضـــابط آخـــر فـــي النزاع المعني[166]. ومقتضى ما تقدم، بطلان الشرط محل الدراســـة، مـــا لم يكن الأمر داخلا في نطاق الاستثناء السابق، بأن كان النزاع مـــرفوعا ضد. مواطن مصري الجنسية مع عدم توافر ثمة ضابط آخر في هذا المقـــام. هـــنا يتعين على القاضي المصري- إعمالا للرأي المعروض – الحكم بصحة الشرط السالب لاختصاص المحاكم المصرية.

ويـــذهب فـــريق ثالث، إلي القول بالطبيعة الآمرة لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية بما يحول دون الأفراد وحق سلب الاختصاص الدولي المقـــرر للمحـــاكم المصرية[167]. مع ذلك فإن أنصار الاتجاه السابق، يجيزون للقاضـــي حق التخلي عن نظر النزاع[168]، أو إحالته إلي محكمة أجنبية، سبق رفعـــه إليها[169]، حسب مقتضى الحال. وبيان ذلك، أن جانبا من الفقه السابق، يرى أن الفقه المصري القائل بتعلق قواعد الاختصاص الدولي بالنظام العام، قد أوجـــد العديـــد من الاستثناءات، والتي بموجبها يجوز تقييد الاختصاص الدولي للمحـــاكم المصـــرية لدواعـــي واعتـــبارات معيـــنة، رغم أن عموم النصوص التشـــريعية المنظمة لمسألة الاختصاص الدولي، إنما تشمل – دون شك – مثل هذه الاستثناءات[170]. ومن هذا المنطلق، يرى صاحب الرأي المعروض (سلامة

---

(166) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٥.

(167) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٥.

د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٠ – ١٥١.

(168) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥١ وما بعدها.

(169) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٧، ١٤٥.

(170) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٧.

كثيــر مــن الاعتبارات التي تقوم عليها تلك الاستثناءات المقول بها، إلى جانب غيرها مما قد يكشف عنه التطبيق العلمي لنصوص الاختصاص الدولي للمحاكم المصــرية. ولكنه تفاديا للحرج من أن يقوم الفقه بعمل المشرع عن طريق خلق اســتثناءات وغيــرها يصــح أن يــدخل فــي نطاق نظرية عامة للتخلي عن الاختصــاص، بمقتضــاها يحــق للقاضي المصري أن يتخلى عن اختصاصه الدولــي الثابت طبقا لعموم المرفوعة إليه، ويمكن لهذا القاضي في تقديره لتلك الظــروف وفــي قــوله بالتخلي أساسا في القيمة الفعلية على المستوى الداخلي والدولــي للحكــم الذي سوف يصدره لو لم يوافق على هذا التخلي، وبشرط أن يمتنع التخلي في كل الأحوال إذا كان من شأنه إنكار العدالة... وعلى أن يكون مفهــوما أن تقديــر ملاءمة التخلي.. يجب أن يخضع لرقابة محكمة النقض... وهــو (التخلــي) بذلك يدرأ العبث عن التشريع المصري وعن السلطة القضائية المصرية، إذا لا يخفي أن تصديه لمنازعة يختص بها بحسب شمول النصوص، ولكنه يبدو سلفا أو مقدما أن حكمه فيها سوف يظل باديا كمجرد قصاصات من الــورق لا جدوى منها، من شأنه أن يصم التنظيم القانوني الوطني بالعبث، مع أن الأصل في التشريع والقضاء الوطنيين هو تجنب العبث[171].

وفضلا عن ذلك، يرى جانب من الفقه المتقدم، جواز إحالة النزاع إلى محكمة أجنبية لسبق طرحها عليه، "إذ كانت محاكم هذه الدولة أقدر على الفصل فــي النــزاع وكفالــة آثار الحكم الصادر في شانه، ففي هذه الحالة يتعين على المحــاكم الوطنــية فــي تقديرنا قبول الدفع، بل ولها – فوق ذلك – أن تقضي بإحالة الخصوم إلى المحكمة الأجنبية من تلقاء نفسها"[172].

---

(171) د. أحمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص ١٥٨ – ١٥٩؛
د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٧.

(172) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ١٥٢.

إذا عدنا إلي الفرض محل الدراسة، ومقتضاه ما هو الحكم الذي عسى أن تصدره المحكمة المصرية في خصوص الشرط السالب لاختصاصها، وذلك فـي ضوء الفقه المعروض؟ إن الفقيهين السابقين، يمنعان الخصوم من الاتفاق علـى سـلب الاختصـاص الدولي المقرر للمحاكم المصرية. مع ذلك يجيزان للقاضـي التخلـي عن اختصاصه أو إحالة النزاع إلى محكمة أجنبية، إذا كانت الصـلة القائمـة بين المحاكم المصرية والنزاع المعنى ضعيفة، بما يحمل على الاعـتقاد بـأن الحكـم الذي عسى أن تصدره الأخيرة سوف يكون عديم القيمة الفعلـية. ومقتضـى ما تقدم، إمكان الحكم بصحة الشروط السالب للاختصاص الدولـي للمحـاكم المصـرية، لصالح محكمة أجنبية معينة، إذا تحقق الفرض السـابق، وكـان النـزاع المعنى على غير صلة بالقضاء المصري وأن الحكم المـرتقب سـوف يكون عديم القيمة الفعلية حال صدوره، في حين أن المحكمة الأجنبـية التـي منح لها الاختصاص ، كانت على صلة وثيقة بالنزاع، وكانت أقدر على نظره، وأجدر بالفصل فيه. إذن فالمنطق الإجمالي للفقه السابق، مفاده جـواز سلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، عن غير طريق الخصوم، بالشروط السابقة.

أمـا الفقـه القائل بتقسيم قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، إلـى حـالات اختصـاص وجوبي وجوازي، فإن منطقه يفيد عدم إمكان سلب الاختصـاص الدولـي للمحاكم المصرية حال تعلق الأمر بحالات الاختصاص الوجوبـي، مـع إمكـان سـلب هـذا الاختصاص، حال تعلق الأمر بحالات الاختصـاص الجـوازي. مع ذلك نرى أن صاحب التقسيم السابق قد نفى حق الخصـوم فـي سـلب الاختصـاص الدولي المقرر للمحاكم المصرية في كل الأحـوال[173]. ومـن هذا المنطق، فإن صاحب الرأي السابق، يرى عدم جواز

(173) د. محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص ٦١٧.

ســلب الاختصــاص مــن المحــاكم المصرية، في أي حال وتحت أية ظروف أو ملابسات، ومثل هذه النتيجة تتعارض دون شك مع المقدمات التي قام عليها هــذا الرأي من حيث وجود حالات للاختصاص الوجوبي وأخرى للاختصاص الجوازي[174].

ومــن جانبنا، نرى صحة الشرط العقدي السالب للاختصاص، شريطة تحقق الشروط التالية:

<u>شروط صحة الشرط السالب للاختصاص:</u>

١- يجب أن يتحقق القاضي المصري من توافر شروط صحة هذا الشرط، من حيث توافر الرضا والمحل والسبب[175].

٢- أن يثبت للقاضي المصري، صدور هذا الشرط من شخص ذي أهلية[176].

٣- أن يــتحقق القاضي المصري، من عدم وجود إذعان من أحد أطراف هــذا الاتفــاق[177] فإذا كان هناك إذعان من طرف لآخر، تعين على القاضي المصري، إهدار هذا الشرط[178].

٤- أن يتحقق القاضي المصري من عدم إنكاره للعدالة.

٥- أن يكون النزاع عديم أو ضعيف الصلة بالإقليم المصري.

٦- أن تكــون المحكمــة الأجنبــية المشــترطة، أقــدر على الفصل في النزاع المعنى.

---

[174] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٨.

[175] د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨١.

[176] د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ذات الموضع.

[177] د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ذات الموضع.

[178] د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، الموضع السابق.

فــإذا توافــرت هــذه الشروط جميعا حق للمحكمة المصرية أن تحيل الخصــوم إلــي المحكمة المختارة من جانبهم وعلى العكس من ذلك، إذا تخلف أحــد الشروط السابقة، حكمت المحكمة المصرية بانعقاد الاختصاص الدولي لها بما يفيد بطلان الشرط السالب للاختصاص.

فــي ضــوء مــا تقدم: يحق لنا أن نقترح تعديل المادة ٣٢ مرافعات بإضــافة الفقــرة التالية إليها وهذه الإضافة من شأنها في رأينا أن تحل المشكلة المثارة، وتضع الحل المناسب والذي يرعى كافة الاعتبارات السابقة. والإضافة المقترحة، يجرى نصها على النحو التالي:

"يكون الشرط السالب للاختصاص صحيحا، إذا كانت المحكمة الأجنبية المعنــية، أقــدر على الفصل في النزاع المعنى. ويكون هذا الشرط باطلا، إذا كانت المحاكم المصرية أقدر على الفصل فيه.

كــل ذلــك، مع عدم المساس بالمصلحة المشروعة للشخص الضعيف اقتصــاديا أو اجتماعــيا في التداعي أمام المحاكم المصرية، مع التزام القاضي المصــري بعدم إنكار العدالة إطلاقاً" ولا شك أن الرأي الذي انتهينا إليه الآن، يرعى كافة الاعتبارات السابقة. وقد قضت المحكمة العليا الليبية الغرفة المدنية، في الحكم الصادر عنها بجلسة ١٩٦٦/٥/٢٨، "باختصاص القضاء الليبي بنظر دعوى التعويض عن الفصل غير المشروع التي رفعها عامل كان يشغل وظيفة حفار لدى شركة بترول على الرغم من أن عقد العمل عقد في كاليفورنيا وينص على اختصاص محاكم كاليفورنيا بالمنازعات المتعلقة بالعقد"[179]. وقد استندت المحكمة في قضائها السابق إلى حجتين:

---

(179) د. محمــد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨٠، حيث يشير إلى الحكم المتقدم، والمنشور في مجلة المحكمة العليا، ص ٢، ع٤، ص ٢٩.

الحجـــة الأولى، أنه "لا يتصور تنازع الاختصاص المحلي بين محاكم كاليفورنـــيا ومحـــاكم ليبـــيا. إذ بداهة أن مثل هذه المسألة لا تثور إلا في دائرة القضاء الواحد، فهو متصور بين المحاكم الليبية، كما يتصور في نطاق القضاء الأمريكـــي، ممـــا لا يجـــوز الاتفاق على الخروج على القواعد المنظمة لولاية القضاء الليبي في حدود النصوص الواردة في القانون"[180].

الحجـــة الثانية: "أن قانون العمل هو الذي ينظم العلاقات التعاقدية بين العامـــل ورب العمل، وجميع قواعد قانون العمل آمرة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها إلا إذا كان ذلك في مصلحة العامل. وبديهي جدا أنه لا يجوز تطبيق قانون أجنبي إذا كانت الواقعة تمس النظام العام. وإذن ففي هذه الحالة تبقى ولاية الاختصاص منعقدة للمحاكم الليبية"[181].

وقـــد عقـــب البعض على القضاء السابق، مقررا أن "الحجة الثانية هي القاطعـــة، فـــي رفض الاتفاق على عقد الاختصاص لمحاكم أجنبية، وهي حجة معقولة لها ما يبررها من طبيعة المنازعة ذاتها المتعلقة بالنظام العام"[182]. ولا شـــك أن رفـــض الشرط السالب للاختصاص في النزاع السابق، أساسه أن هذا الشـــرط قـــد أكره العامل على قبوله رغما عنه، وهو طرف ضعيف في علاقة العمـــل، ومـــن الواجب حمايته، وتقرير حقه في التقاضي أمام المحاكم الليبية، الأمـــر الـــذي دفـــع المحكمـــة إلـــي إلغاء الشرط السالب للاختصاص، وتأكيد اختصـــاص المحـــاكم الليبية بنظر النزاع المعنى. ولا شك أن القضاء السابق، جديـــر بالتأيـــيد نظرا لقيامة على أساس سليم. وقد عرض على القضاء الليبي نـــزاع حاصـــلة، "أن إيطالـــيا، رفع دعوى ضد إيطالي آخر مقيم في طرابلس

---

(180) د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق، حيث يشير إلى نص الحكم المعروض.

(181) د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

(182) د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

للمطالـــبة بثمن توريدات المدعى عليه لم يقم بتسديدها وكانت الفواتير المرسلة إلـــي المدعـــى علـــيه تتضـــمن في ذيلها بنداً باختصاص محكمة نابولي"[183]. واستنادا إلى البند السابق، دفع المدعى عليه بعدم اختصاص القضاء الليبي بنظر النـــزاع المتقدم، استنادا إلي المادة ٢ من قانون المرافعات الإيطالي، والذي كان ســـاريا فـــي ليبيا آنذاك ، وذلك بموجب الإعلان العسكري رقم ١٠٠ المؤرخ ١٩٤٥/١٢/١[184]. "وقد ردت المحكمة العليا بموجب حكمها الصادر بجلسة ٦ /١٩٥٦/٦ علـــى هـــذا الدفـــع، بـــأن هـــذه المادة لم توضع لمصلحته في ليبيا (فهو ليس ليبيا) كما أنه باعتباره إيطاليا، لا يستطيع أن يستفيد من المادة الثانية مـــن قانـــون المرافعات الإيطالي، الآن نص هذه المادة (لا يرتفع بالقاعدة التي يتضـــمنها إلـــى مـــرتبة النظام العام في ظل سيادة أجنبية أو لا يسلب القضاء الأجنبي اختصاص تضفيه عليه تشريعاته)"[185]. وقد اقتنعت المحكمة بأن قبول المدعـــي علـــيه للفواتير لا يعني بحال رضائه ولا نزوله عن الخضوع لقضائه الطبيعـــي، أي القضاء الليبي، هذا إلى أنه لا مصلحة له في التمسك بهذا الدفع، ســـوى تعطـــيل ســـير الدعوى[186]. ومن هذا المنطق رفضت المحكمة الشرط الســـالب لاختصاصها، نظرا لاذعان المدعى عليه لشرط جائر فرض عليه في الفواتير الخاصة بالبضاعة المرسلة إليه، وهذا قضاء جدير بالتأييد، نظره لقيامه على أساس سليم، ويتفق ما مع سبق أن انتهينا إليه آنفا. وعلى القاضي، أن يقوم بتحلـــيل النـــزاع المعروض عليه من كافة جوانبه وأن يراعى جميع ملابساته، حتـــى يســـتطيع أن يقدر مدى صحة الشرط السالب للاختصاص من عدمه. فقد يتراءى للقاضي المصري، أن النزاع المعنى على صلة وثيقة بالإقليم المصري،

---

(183) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨١، هامش ١٦.

(184) د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

(185) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨١، هامش ١٦.

(186) د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

هـنا سوف يحكم الأخير ببطلان الشرط السالب لاختصاص القضاء المصري، وسـوف يتصـدى لحكم النزاع المعنى[187]. وعلى العكس من ذلك، قد يتراءى للقاضـي المصـري، أن النـزاع المعـروض عليه وما يحيط به من ظروف وملابسات، ضعيف الصلة بالإقليم المصري، وأن الحكم الذي عسى أن يصدره – حال تصديه للفصل في النزاع المعني – سوف يكون عديم القيمة الفعلية. هنا سوف يحكم القاضي المصري بصحة الشرط السالب للاختصاص، ويتخلى عن نظره، أو يحيل الخصوم إلى المحكمة الأجنبية التي سبق رفع النزاع إليها[188]. ولـيس فـي الإمكـان تحديـد الحالات أو المنازعات التي ترتبط حتما بالإقليم المصـري، وتلك التي لا ترتبط حتما به، لأن واقع وظروف كل منازعة، هي التـي سـتقرر في النهاية، ما إذا كانت الأخيرة مرتبطة بمصر من عدمه[189].

وبعـد أن تأكدنا من صحة الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنـية، يتعـين علينا الآن التصدي لدراسة الدفع بالإحالة لوجود ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، وهذا ما سنخصص له الفصل التالي.

---

(187) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

(188) في هذا المعنى: د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٩٥.

(189) قارب: د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٩٢.

الفصل الثاني
الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع
أمام محكمة أجنبية

المقصـــود بالدفـــع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين[190] "الدفع الـــذي يهـــدف إلى منع المحكمة المثار أمامها هذا الدفع من الفصل في الدعوى وإحالتها إلى محكمة أخرى مرفوع إليها ذات النزاع".[191]

---

[190] حول هذا الموضوع، راجع تفصيلاً:

د. محمـــد روبـــي، الدفـــع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، رسالة دكتوراة، من كلية الحقوق، جامعة حلوان، ٢٠٠٠م، ص ٩ وما بعدها.

د. أبـــو العـــلا النمـــر، الدفـــع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، ط أولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٥ وما بعدها.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٥٦ وما بعدها.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ٢٠٠٢، ص ٥٠ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

د. أحمد سلامة، فقه، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

وتجـــدر الإشارة إلى وجود حالة نظيرة يتم فيها سلب الولاية القضائية الدولية من المحاكم الوطنية، وهـــي حالـــة الارتـــباط، كذا فإن الحصانة القضائية تعتبر إحدى حالات سلب الولاية القضائية الدولية، راجع في ذلك تفصيلاً:

د. عنايت ثابت، أحكام المرافعات، المرجع السابق، ص ١٨٤ وما بعدها.

د. عنايت ثابت، مستحدث...، المرجع السابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، و سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٢٤.

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٤٧.

<u>وفي الفقه غير المصري، راجع أيضاً ما قبله:</u>

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٦٧ وما بعدها.

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٧٤ وما بعدها.

د. سالم الزوي، المرجع السابق، ص ٣٠٧ وما بعدها.

Loussouarn et Bourel, op.cit, p. 548.

وتجـــدر الإشارة إلى أن الإحالة المقصودة هنا هي الإحالة الإجرائية، وتختلف الأخيرة عن الإحالة الموضوعية اختلافاً كبيراً. حول الإحالة الموضوعية، راجع:

د. حفـــيظة الحـــداد، نظـــرية الإحالـــة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد، دراسة تحليلية وانتقادية، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٨٩.

[191] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٦.

Solus et Perrot, Droit Judiciaire Privé, II, Sirey, 1973, no 818, p. 843 et seq.

تمييز الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين عن غيره من أسباب الإحالة إلى محكمة أخرى [192]

أ- الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع والإحالة لعدم الاختصاص: [193]

وفقًا للمادة ١١٠ مرافعات "على المحكمة إذا قضت بعدم اختصاصها، أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة..." فالنص المتقدم إنما يوجب على المحكمة التي حكمت بعدم اختصاصها، أن تقوم بإحالة الدعوى المعنية إلى المحكمة المختصة بنظرها وفقًا لتقدير المحكمة المحيلة. [194] والإحالة لعدم الاختصاص، إنما تفترض أن المحكمة المحيلة غير مختصة بنظر النزاع المحال، في حين أنه في حالة الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، هنا تكون المحكمة المحيلة مختصة بنظر النزاع المعني كذا تكون المحكمة المحال إليها مختصة أيضًا بنظر الدعوى، وهنا يكمن وجه الخلاف بين الحالتين المعنيتين؛ أو بعبارة أخرى "إن... الإحالة التي تتم بعد الحكم بعدم الاختصاص لا تختلط بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أخرى، وذلك لأن الإحالة التي تتم استنادًا إلى هذا السبب الأخير تفترض قيام ذات الدعوى أمام محكمتين مختصتين بالفصل فيها، في حين أن الإحالة استنادًا إلى السبب الأول تفترض رفع الدعوى إلى محكمة معينة، ثم يتبين لتلك المحكمة عدم اختصاصها بالفصل في الدعوى فتحيلها نتيجة لذلك إلى المحكمة المختصة أي أنه لا يتصور بصددها أن تكون المحكمتان مختصتين بالفصل في النزاع، أو قيام ذات النزاع أمام كلتيهما في آن واحد" [195]

---

(192) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٧.

(193) د. محمد روبي، المرجع السابق، الموضع ذاته.

(194) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٧. وراجع أيضًا:

د. أمينة النمر، قوانين المرافعات، ج١، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٢، ص ٦٣٣.

(195) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٨.

ب- الإحالة لقيام ذات النزاع والإحالة للارتباط:

الارتـباط هـو "صـلة بين دعويين وتلك الصلة تتضح من الاشتراك الجزئي لعناصـر الدعـوى الموضـوعية بالمحل أو بالسبب الذي تنشأ عنه، بحيث أن الفصـل فـي أحدهما يمكن أن يؤثر على الفصل في الأخرى"[196] فالثابت مما تقدم، أن مناط الارتباط هو وجود عنصر مشترك بين القضيتين المرتبطتين، في حـين أنـه حال الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع لا يكفي مثل هذا الاشتراك، بل يتعين وجود تطابق كامل بين عناصر الدعويين المعنيتين، أي مجال الأشخاص، المحل، السبب[197].

ج- الإحالة لقيام ذات النزاع والشرط السالب للاختصاص:

عرضنا في الفصل المتقدم لماهية الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولـي للمحاكم الوطنية[198] وقد بينا من قبل، أن الشرط المتقدم إنما يستند إلى إرادة الخصـوم[199]، في حين أنه في حالة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، هنا لا يكون ثم مجال للإرادة، حيث تقوم المحكمة المعنية بإحالة النـزاع إلى المحكمة الأخرى، حتى ولو لم يوافق الخصوم على ذلك؛ أو بعبارة أخـرى "الإحالة بسبب اتفاق الخصوم تختلف عن الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمـة أخـرى في أنها تستند في الحالة الأولى إلى إرادة الأطراف، بينما في الحالة الثانية لا مجال لإرادة الأطراف بشأنها، وتستند الإحالة بصددها إلى سبق رفـع ذات الدعـوى إلـى محكمة أخرى"[200]، وسوف نقوم بمقارنة النظامين الماثلين في كل موضع من مواضع الفصل الماثل.

---

(196) د. أحمد هندي، الارتباط في قانون المرافعات، دراسة مقارنة في الأنظمة القانونية لكل من مصر وفرنسا وإيطاليا، رسالة من كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٤٧.

(197) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٩.

(198) راجع ما قبله، الفصل الأول من هذه الدراسة.

(199) د. عنايت ثابت، أحكام المرافعات المقررة في القانون المصري فيما يتعلق بمنازعات الأفراد ذات الطابع، الدولي، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠ م، ص ١٩٦ وما بعدها.

(200) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٢٠ ويضيف الفقيه الماثل ما نصه "ومن ناحية أخرى، فإنه يشـترط للإحالـة لقيام ذات النزاع أن تكون كلتا المحكمتين مختصتين بالفصل في النزاع، في حين أن

د- الإحالة لقيام ذات النزاع والتخلي: [201]

ويقصـــد بالتخلـــي امتـــناع المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع عن الفصـــل فيه ومطالبة الخصوم برفع دعواهم أمام محكمة أجنبية معينة، بحسبان أن الحكم المرتقب صدوره من هذه الأخيرة سوف يكون أكثر فعالية [202]. فهنا تـــوجد محكمة واحدة عرض النزاع عليها، في حين أنه في حالة الدفع بالإحالة، تـــوجد محكمة أجنبية معروض عليها ذات النزاع من قبل، إذًا، فهناك محكمتان معـــروض علـــيهما ذات النزاع. وعلى أثر ما تقدم، يتعين علينا الآن التصدي لدراســـة مضـــمون الدفـــع الماثل والشروط اللازمة لإعماله، وذلك بالتفصيل المناسب.

تقسيم:

سوف نقسم الفصل الماثل على النحو التالي:

المبحث الأول: مدى جواز الأخذ بالدفع بالإحالة لمحكمة أجنبية.

المبحث الثاني: النظام القانوني للدفع بالإحالة.

المحكمـــة المطلـــوب الإحالـــة إلـــيها استنادًا إلى اتفاق الخصوم قد لا تكون مختصة أصلاً بالفصل في الدعوى". (د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٢١).

والنظـــر المتقدم، لا يمكننا أن نسلم به إطلاقًا، وقد أشرنا في موضع متقدم من هذه الدراسة، إلـــى وجـــوب أن تكون المحكمة المعنية مختصة دوليًا بنظر الدعوى المعنية. إذًا، فإنه في حالة الشرط الســـالب للاختصـــاص، كـــذا فـــي حالـــة الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، يجب أن تكون المحكمتان المحال إليهما الاختصاص مختصتين دوليًا بنظر النزاع المعني. راجع ما قبله.

(201) حول التخلي، راجع:

د. أحمد قسمت الجداوي، المواضع السابقة.

د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ٦٥ – ٦٦.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٧٠، هامش ١.

(202) قـــارب: د. عكاشة عبد العال، الموضع السابق – مع ملاحظة المعنى الموسع للتخلي والذي يقول بـــه سيادته في الهامش السابق. وسوف نعود لعرض ومناقشة المفهوم المتقدم في موضع لاحق من هذه الدراسة. راجع ما بعده.

المبحث الأول

مدى جواز الأخذ بالدفع بالإحالة لمحكمة أجنبية

أولاً: في نطاق القانون الفرنسي: [203]

كـــان الدفـــع بالإحالـــة، لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية مرفوضًا رفضًـــا مطلقًا في فرنسا، منذ بداية القرن التاسع عشر وحتى بداية الستينات من القـــرن العشـــرين. وذلك على أساس مبدأ السيادة وما يرتبه من آثار، كذا على أســـاس عدم الثقة في القضاء الأجنبي، وفي النهاية على أساس وجود العديد من العقـــبات العملـــية التي تحول دون إعمال الدفع المعني[204]. فالثابت أنه طوال

---

(203) حول هذا الموضوع، راجع تفصيلاً:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٢٦ وما بعدها.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٥٥.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٧١.

د. عكاشة عبد العال ود. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٢٤ وما بعدها.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٦ وما بعدها.

د. أحمد هندي، رسالته، المرجع السابق، ص ١٨١.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها.

د. أمينة النمر، المرجع السابق، ص ٦٣٣.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٦٧ وما بعدها.

(204) راجع في ذلك تفصيلاً:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٢٨ وما بعدها.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٥٥ – ١٥٨.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٦ – ٣٤.

د. عكاشة عبد العال د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٢٦ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٧٣ وما بعدها.

د. أمينة النمر، الموضع السابق.

د. أحد هندي، الموضع السابق.

د. هشام صادق، الموضع السابق.

د. أحد سلامة، الموضع السابق.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٦٩ وما بعدها.

الفتــرة المــتقدمة ظــل القضاء الفرنسي "وفيًا للمبدأ القاضي بعدم جواز الدفع بالإحالــة أمام محكمة فرنسية بسبب قيام ذات الدعوى أمام محكمة أجنبية، ولم يشــأ مخالفــته فــي أي مــن أحكامه التي تصدى من خلالها لهذا الدفع"[205].

وفي مرحلة لاحقة، وبالذات ابتداء من عام ١٩٦٢ وحتى عام ١٩٧٤، فقد تردد القضاء الفرنسي في الأخذ بمبدأ الإحالة، حيث تنازعه عاملان، الأول هــو الرغبة في الاستقرار بما يوجب الحفاظ على التراث التقليدي سالف الذكر، أمــا العامــل الثانــي، فهــو الرغبة في التطور، بما يوجب الأخذ بالمبدأ محل العــرض[206]. وأخيرًا، ففي ١٩٧٤/١١/٢٦ أصدرت محكمة النقض الفرنسية

Bartin (E), Principes de droit International privé, Paris, 1930, I, no 119 et seq, p.304 et seq.
Francescakis, Compétence étrangère et Jugement étranger, R. Crit dr. int. pr., 1953, p. 1 et seq.
Mayer, Droit International Privé, Montchrestien, 1994, no 68 et seq.
Niboyet, Traité de droit International Privé, Sirey, 1949, Tome 6, no 1724 et seq.
Tallon, Op.cit, no 207 et seq.
Lagarde (P.), Le Principe de proximité dans le droit international privé, Contemporain, R.C.A.D.I., 1986, I, no 152 et seq.
Lousouarn et Bourel, op. cit, no 459 et seq.

(205) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٦١.

Loussouarn et Bourel, Loc.cit.

(206) راجع في ذلك تفصيلاً:

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٥٨.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، الموضع السابق.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، الموضع السابق.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، الموضع السابق.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، الموضع السابق، ص ٣٩.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٦٢ وما بعدها.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

Loussouarn et Bourel, op. cit, p. 549 et seq.
Batiffol, R. Crit dr. int. pr., 1963, Note, p. 101 et seq.

حكمًا قاطع الدلالة على قبول الأخيرة، لمبدأ الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية[207]. كل ما تقدم، كان بخصوص وضع الدفع بالإحالة في نطاق القانون الفرنسي، والآن يجب علينا، التصدي لبيان موقف النظام القانوني المصري، من الدفع المتقدم.

ثانياً: في نطاق القانون المصري:

ذهب الفقه المصري التقليدي إلى تأييد نظيره الفرنسي لفترة زمنية طويلة، وعلى هذا، رفض الأول الأخذ بالإحالة لتعارضها مع السيادة المصرية[208]. وحتى الآن، فإن بعض فقهاء القانون الدولي الخاص المصري يرفضون الدفع بالإحالة[209]. وعلى عكس ما تقدم، فالثابت أن الغالبية الساحقة

Tallon, op. cit, p. 248.
(207) Loussouarn et Bourel, op. cit, p. 549.
Povsard, Clunet, 1975, Note, p. 108.
Holleaux (D), R. Crit. Dr. int. pr., 1975, Note, p. 491.

(208) راجع في ذلك:

د. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، ١٩٣٣، ص ٢٣٨.

د. حامد زكي، القانون الدولي الخاص المصري، ١٩٤٠، ص ٤٢٤.

د. جابر جاد، القانون الدولي الخاص العربي، ج ٤، ص ٤٦.

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٧٢٩، حيث يشير – رحمه الله – إلى بعض الفقهاء الإيطاليين، منهم: Morelli - Quradri (R.)

د. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، ط ٢، ١٩٢٧، ص ٣٧٦.

د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ١٩٥٦ – ١٩٥٧، ص ٣٥٧.

د. محمد كمال فهمي، أصول القانون للدولي الخاص، ١٩٩٢، ص ٦٤٣.

(209) راجع في ذلك تفصيلاً:

د. إبراهيم أحمد إبراهيم المرجع السابق ٧٧ وما بعدها:

"فرفض إحالة الاختصاص في مصر ليست محل شك، وذلك لاستحالة الأخذ بها وفقًا للقانون المصري".

وقد استند الفقيه الماثل، إلى عدة أسباب تدعيمًا لوجهة نظره المعروضة، من ذلك:

أولاً: أن الأخذ بنظرية الإحالة في المقام الماثل، هو أمر متعارض مع أحكام القانون المصري؛ "فإحالة الاختصاص تفترض بداءة دخول نزاع معين في اختصاص محاكم دولتين، فتحيل المحكمة التي عرض عليها النزاع مؤخرًا إلى محكمة الدولة التي اختصت بداءة. والمادة ٢٩٨ من

قانـــون المـــرافعات المصـــري تـــنص علـــى أنه "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من أن محاكم الجمهـــورية غيـــر مختصـــة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم..." فكيف تحيل المحاكم المصرية نزاعًا تخـــتص بـــه إلى محاكم دولة أجنبية، في حين أن المشرع لا يجيز تنفيذ الحكم الذي يتصور أن تصدره هذه المحاكم الأجنبية؟".

"لا شـــك أن هذا الأمر غير جائز، لذلك اشترط القضاء الفرنسي، للأخذ بإحالة الاختصاص، أن يكون الحكم الذي سيصدر من القضاء الأجنبي قابلاً لتنفيذه في فرنسا. فلو طبقنا هذا الشرط على أي نـــزاع يطلـــب إحالـــة الاختصـــاص به سيترتب على ذلك تخلف شروط الإحالة. ويضاف إلى ذلك أن المشـــرع المصـــري قد عبر عن رأيه في المفاضلة بين الحكم الذي يصدر من المحاكم المصرية وذلك الـــذي يصدر من محاكم أجنبية في نفس النزاع، مفضلاً الحكم الذي تصدره المحاكم المصرية، ورافضًا تنفيذ الحكم الأجنبي، وذلك وفقًا للفقرة الرابعة من المادة ٢٩٨...".

ثانـــيًا: أن نصـــوص القانون المصري تتعارض تعارضًا مطلقًا مع فكرة إحالة الاختصاص، ولـــن يـــنال مـــن ذلك، الاعتبارات التي ساقها أنصار الإحالة في مصر؛ أو بعبارة أخرى "فلا يكفي أن تكـــون هـــناك فكـــرة تســـتهوي الـــبعض، لكي ينادي القضاء بالأخذ بها، برغم اصطدامها بالنصوص التشـــريعية الصريحة، وهو ما يبدو جليًا بخصوص الدفع بإحالة الاختصاص، إذ لن يجدي في المطالبة بالأخـــذ به تحقيق بعض الاعتبارات المقول بها مثل (تشجيع التعاون المتبادل في نطاق القانون القضائي الدولـــي) أو (تفـــادي الانغـــلاق والانعـــزالية القانونية)، فكافة هذه الألفاظ الرنانة وغيرها ستنهار أمام صـــراحة النصـــوص التـــي تحكم عمل القاضي، كما أنها يجب ألا تنسى الفقه التأصيل القانوني السليم للمشكلة المطروحة".

ثالثاً: لا يمكن لنا في مصر الإفادة من التجربة الفرنسية في هذا الخصوص، نظرًا لاختلاف النظامـــين القانونيـــين المصـــري والفرنســـي في هذا الخصوص. فلا توجد في فرنسا ثمة قواعد تحكم الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية، بل هناك المادتين ١٤، ١٥ مدني واللتان تقرران امتيازًا للمواطن الفرنســـي فـــي التقاضي، أما باقي أحكام الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية، فهي من خلق القضاء، وعلى العكس من ذلك، فقد تناولت النصوص التشريعية، المسائل المختلفة للاختصاص القضائي الدولي للمحـــاكم المصرية، ومن هذا المنطلق، فمن الواجب علينا "استبعاد الدفوع التي لم ينظمها المشرع بنص تشريعي".

وفضـــلاً عما تقدم فالثابت أن نص المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات المصري، يجافي فكرة إحالـــة الاختصـــاص، ولو كان هناك نصًا نظيرًا في القانون الفرنسي، لما اعتنق القضاء الفرنسي إحالة الاختصاص؛ "إذ أنه يشترط – كما قدمنا – قابلية الحكم الذي سيصدر في الخارج للتنفيذ في فرنسا، فأي حكـــم يحـــال الاختصاص به من القاضي المصري لأية محكمة أجنبية لن يكون قابلاً للتنفيذ في مصر، لسبب بسيط، هو أنه يدخل في اختصاص المحاكم المصرية".

رابعًـــا: أن القـــواعد المنظمة للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، ليست من قبيل القواعد المـــوزعة للاختصـــاص، على خلاف الحال بالنسبة لأحكام الاختصاص الداخلي "حيث يوزع المشرع

الاختصـــاص بالمـــنازعات على مختلف محاكم الدولة ومن الطبيعي، أن يحل مشكلة إثارة النزاع ذاته علـــى أكثـــر مـــن محكمـــة في الدولة الواحدة، فيلزم إحدى المحكمتين بإحالة الاختصاص بالنزاع إلى المحكمـــة الثانـــية، ويلـــزم هذه المحكمة الثانية بنظر النزاع، وهذا ما فعله المشرع المصري في المادة ١١٢ مرافعات مصري وهو الأمر غير المتصور على الصعيد الدولي". وعلى هذا النحو، تتأكد الطبيعة الآمرة المطلقة لقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية، وذلك على النحو التالي:

فمـــن ناحـــية أولـــى، لا يجوز للخصوم إطلاقًا سلب الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية المقـــرر للأخيـــرة بموجب نصوص قانون المرافعات المصري. وهذه القاعدة مطلقة، لا يرد عليها ثمة استثناء في أي حال، وتحت أي ظرف.

ومن ناحية ثانية، لا يجوز للقاضي تحت أي ظرف، التخلي عن الاختصاص المقرر للمحاكم المصرية.

ومـــن ناحية ثالثة، لا يجوز للقاضي المصري، إحالة الاختصاص إلى محكمة أجنبية في أي حال، لتعارض ذلك مع مقتضى نص المادة ٢٩٨ مرافعات مصري.

راجع أيضًا في ذات الاتجاه السابق، د. أحمد حشيش، المرجع السابق، ص ١١٥.

فمـــن ناحية أولى، إن "المقصود بالإحالة هذه هي الإحالة بين محكمتين مصريتين، فالأصل أن الإحالـــة للاتفـــاق أو للارتباط أو لقيام ذات النزاع، هذه الإحالة بين محكمتين وطنيتين تتبعان جهة قضـــائية واحدة، ومن طبقة واحدة، من محاكم أول درجة. ومبنى ذلك أن هذه الإحالة المجردة عن عدم الاختصاص، لا تعمل إلا في نطاق الاختصاص المحلي لمحاكم أول درجة من طبقة واحدة".

ومـــن ناحية ثانية: لقد تضمن قانون المرافعات الإيطالي لعام ١٩٤٠، نصًا تشريعيًا، "يحظر إحالة الدعوى المرفوعة أمام محكمة إيطالية إلى قضاء أجنبي، إذ نصت المادة ٣ مرافعات إيطالي على أن "ولايـــة المحاكم الإيطالية بالدعوى لا تنتفي لمجرد قيام ذات الدعوى أو دعوى أخرى مرتبطة بها أم قضـــاء أجنبـــي"، ولئن كان حكم هذا النص يقصر عن الإحالة الاتفاقية، ولكن هذا الحكم يمتد – بطريق القـــياس – إلى الإحالة الاتفاقية سواء كان الاتفاق عليها سابقًا أو لاحقًا على رفع الدعوى أمام المحكمة الوطنية. فلا تجوز إحالة الدعوى الوطنية إلى قضاء أجنبي لمجرد الاتفاق على هذه الإحالة".

ومـــن ناحـــية ثالثة، وإذا كان الثابت أن التشريع المصري لا يتضمن ثمة نص نظير للنص الـــذي أورده المشـــرع الإيطالي في قانون المرافعات، والسالف بيانه، "لكن حكم هذا النص يستخلص – بطـــريق القياس الجلي – من القواعد العامة في قانون المرافعات. فالمقرر بالنسبة لهذه الإحالة بصورها الـــثلاث، هـــو عـــدم جوازها بين محكمتين وطنيتين تتبعان جهتي قضاء مختلفتين، وعدم جوازها بين محكمتـــين وطنيتـــين تتبعان جهة قضاء واحدة، ولكنهما مختلفتين في الدرجة أو الطبقة، وإن كان ذلك كذلك، فإن هذه الإحالة تكون – من باب أولى – غير جائزة بين محكمة وطنية وأخرى أجنبية".

فحاصل الرأي المعروض إذن، أن الأصل هو "عدم جواز إحالة الدعوى الوطنية إلى محكمة أجنبية، ولو وجد اتفاق، أو ارتباط، أو قام ذات النزاع أمام المحكمة الأخيرة، وأيضًا ولو كانت الدعوى الوطنية، ذات عنصر أجنبي خالصة أو ذات عنصر أجنبي".

من فقه القانون الدولي الخاص المصري الحديث إنما تعتنق مبدأ الإحالة، وذلك

"ولا يــنال من هذا الأصل، ما يدعو إليه بعض الفقه الحديث في القانون الدولي الخاص، من ضــرورة الخــروج علــيه. فالملاحظ أن هذا الفقه قد حصر أمر هذا الخروج في نطاق الدعوى ذات العنصر الأجنبي وحدها وفي حالة قيام ذات النزاع أمام قضاء أجنبي وحدها، وأجاز إحالة هذه الدعوى وفي هذه الحالة إلى القضاء الأخير".

"أمــا من المنظور الإجرائي إلى الدعوى ذات العنصر الأجنبي باعتبارها صورة من صور ثــلاث للدعــوى الوطنــية، وأيضًا إلى حالة قيام ذات النزاع باعتبارها مجرد صورة من صور ثلاث لأســباب الإحالــة، فلا مسوغ فني هناك لتقرير مثل هذا الحكم الاستثنائي في وجهيه، ومن هنا كان هذا الحكم مجحودًا ومنكورًا في القانون الوضعي".

وينتهي الفقيه الماثل، إلى القول بأن الفقه القائل بجواز الإحالة من محكمة وطنية إلى محكمة أجنبــية، "لا يعــتمد في تثبيت هذا الاستثناء المقترح على أي اعتبار فني من الوجهة الإجرائية فهو لا يعــتمد فــي ذلــك إلا على إثبات وهن التبريرات التقليدية السائدة في فقه قانونه لمناهضة قيام مثل هذا الاســتثناء. ولكــن مســألة مدى وهن تلك التبريرات شيء، ومسألة مدى وجود أساس فني لهذا الحكم الاستثنائي في وجهيه شيء آخر". راجع أيضًا في ذات الاتجاه السابق:

د. أبو العلا النمر، مقدمة في قانون الإجراءات المدنية الدولية، ط أولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ١٢٤ وما بعدها. عكس ذلك:

د. أبو العلا النمر، الدفع بالإحالة، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

ويــبدو أن جانبًا كبيرًا من الفقه العربي، يرفض الأخذ بالإحالة، حيث لم يعرض هذا الفقه لهذه النظرية على الإطلاق. من هذا الفقه:

د. محمــد عــبد الخالــق عمر، المرجع السابق، الموضع السابق، علمًا بأن – سيادته – يعرض للشرط السالب للاختصاص فقط.

د. أحمد السمدان، الموضع السابق.

د. ممدوح عرموش، الموضع السابق.

د. عدنان الخطيب، الموضع السابق.

د. غالب الداوودي، الموضع السابق، علمًا بأن – سيادته – يعرض للشرط السالب للاختصاص فقط.

د. محمد اللافي، الموضع السابق.

د. سالم الزوي، الموضع السابق.

د. حسن الهداوي، تنازع...، الموضع السابق.

د. حسن الهداوي، القانون...، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. ممدوح حافظ، الموضع السابق.

د. عنايت ثابت، أحكام فض...، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. محمد المؤيد، الموضع السابق.

لوجــود العديد من الفوائد التي يحققها الأخير، وذلك حال الأخذ به[210]. بل أن جانبًا حديثًا من فقه المرافعات المصري، قد ذهب للانتصار لمبدأ الإحالة[211].

فالاعتــبارات التــي دفعــت فقهاء قانون المرافعات إلى الأخذ بالدفع بالإحالـــة فـــي المجال الداخلي، هي ذاتها الاعتبارات التي دفعت فقهاء القانون الدولـــي الخاص للأخذ بالدفع المعني، ولكن في نطاق القانون الأخير؛ أو بعبارة أخرى "يرى الفقه المصري المؤيد لأعمال الدفع بالإحالة في الإطار الدولي، أن جمـــيع المبـــررات التي تقف وراء تقرير هذا الدفع في القانون الداخلي تتوافر أيضًا في الإطار الدولي"[212]؛ "فإذا كان قبول الدفع بالإحالة في القانون الداخلي يهدف إلى تجنب التعارض بين الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية، وهو أمر نـــادر الحـــدوث، حيث أنها تصدر من محاكم تابعة لدولة واحدة وتطبق قانونًا واحدًا، فإن فرص تعارض الأحكام الصادرة من محكمة وطنية ومحكمة أجنبية تكون أكبر من الناحية العملية مما يستتبع قبول الدفع من باب أولى[213]" كما أن

---

(210) د. هشام صادق، المرجع السابق ص ٦٠ وما بعدها.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨١.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٢.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٣٨.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٢، ١٦٥.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

Tallon, op. cit, no 405 et seq.
Loussoum et Bourel, loc. Cit.

(211) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١٨٨.

راجع عكس ذلك:

د. أمينة النمر، المرجع السابق، ص ٦٣٣.

(212) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٦٥.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٥٠.

(213) د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٧٩.

الأخـــذ بالدفـــع المماثل من شأنه توفير الوقت والجهد والنفقات، والأمور السابقة يفتـــرض أن تكون أكثر رعاية في المجال الدولي عنه في المجال الداخلي[214]. كمـــا أن الأخـــذ بهذا الدفع من شأنه زيادة ضمانات فعالية الأحكام الوطنية في الخـــارج، حيث سيرفض القاضي الأجنبي في الغالب تنفيذ الحكم الوطني الذي صـــدر مـــن محكمـــة كان من واجبها التنازل عن نظر الدعوى، لأن القاضي الأجنبـــي كـــان الأسبق في نظر هذه الأخيرة[215]. وفضلاً عما تقدم، فإن الأخذ بالدفـــع بالإحالة إنما يظهر مدى تطور القانون الدولي الخاص في الدولة الآخذة به ومدى تكريسه لروح التعاون مع الدول الأخرى تحقيقًا لمصالح الأفراد على المســـتوى الدولـــي، الأمر الذي يكسب الثقة بالقانون المتقدم والدولة التي صدر عـــنها، بمـــا يشـــجع على التعامل مع مواطني هذه الدولة ومؤسساتها التجارية والصناعية[216]. والثابت أنه لا يوجد نص صريح في التشريع المصري يحول دون الأخذ بالدفع المماثل، كما هو في بعض الدول الأخرى والتي تمنع قضاءها صـــراحة من إعمال هذا الدفع[217]. والدفع بالإحالة لم يكن غريبًا على القضاء المصـــري، فقـــد أخذ به في ظل القضاء المصري المختلط[218]. والأخذ بالدفع بالإحالـــة أمـــر واجـــب فـــي ضوء التطورات الحديثة في فقه القانون الدولي

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٢.

وفي الفقه غير المصري، راجع: د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

(214) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦١.

(215) د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

(216) د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

(217) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٦٦.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٥٩.

(218) د. هشـــام صـــادق، تـــنازع الاختصاص القضائي دراسة مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٢، ص ١٥٣، هامش.

أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٦١.

الخـــاص[219]. وإذا كان الثابت أن قاعدة الاختصاص الدولي، هي قاعدة مفردة الجانــب، فإن علاج مثل هذا العيب إنما يكون من خلال اعتناق نظرية الإحالة[220]. ويضـــاف إلى ما تقدم، أن مقاومة الغش نحو قواعد الاختصاص القضائي الدولي، إنما يمكن أن تتم من خلال نظرية الإحالة[221]. وفي نهاية المطاف فإن الدفـــع بالإحالـــة يمكن أن يحول دون صدور أحكام مصرية عديمة القيمة، أي أحكـــام هـــي "وقصاصات الورق" سواء[222]. فلكل هذه الأسباب ولغيرها[223]، فمـــن واجب القضاء المصري، أن يحيل الخصوم إلى المحكمة الأجنبية المعنية كلما توافرت شروط الإحالة، وذلك على النحو الذي سنراه الآن تفصيلاً.

---

(219) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٣٥.

(220) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(221) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(222) د. أحمـــد قســـمت الجـــداوي، المرجع السابق، ١٥٨ – ١٥٩. علمًا بأن سيادته يتحدث هنا عن (التخلي).

د. محمد وليد المصري، الموضع السابق.

(223) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ١٧١ – ١٩٢.

د. أبو العلا النمر، الدفع بالإحالة، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها.

المبحث الثاني
النظام القانوني للدفع بالإحالة

ما هي الشروط الواجب توافرها، حتى يقوم القاضي المصري بإعمال مـثل هـذا الدفـع؟ ما هي المعاملة الإجرائية لهذا الأخير؟ سوف نحاول الآن الإجابة على التساؤلين السابقين، وذلك بالترتيب السابق. [224]

أولاً: شروط الدفع بالإحالة:

حتـى يقـوم القاضي المصري بإحالة الخصوم إلى المحكمة الأجنبية المعنية، فلابد أن يتأكد هذا القاضي من توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: وجود دعوى قائمة أمام القضاء الأجنبي:[225]

---

(224) راجع في ذلك تفصيلاً:

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٧٣ وما بعدها.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٢ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨٤.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٤.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٧ وما بعدها.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٦.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً.

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١ وما بعدها.

Deby – Gerard, Clunet, 1973, p. 371, Note: Paris, 18 Octobre 1972.
Loussouarn et Bourel, op. cit, p. 549.

(225) حول هذا الشرط، راجع تفصيلاً:

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨٤.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٤.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٧.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٢ وما بعدها.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٦٩ هام.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٧٥.

وفي الفقه غير المصري، راجع

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

Huet, Conflits de Juridictions, Juris Classeur, Droit International, Fasc. 581, no 113.
Colmar, 9 Decembre 1960, J.C.P., 1961, II, no 12257, Note.

الشـــرط الأول لقبول الدفع بالإحالة، هو وجود دعوى أخرى ماثلة أمام محكمـــة تابعـــة لدولـــة أجنبية. ومن هذا المنطلق لا يجوز إعمال الدفع الماثل، وذلـــك حـــال عـــدم سبق رفع الدعوى أمام المحكمة الأجنبية المعنية، حيث لا يتصور أن تكون هناك ثمة إحالة في مثل هذا الفرض. كذا لا يمكن إعمال هذا الدفع، وذلك حال شطب الدعوى التي كانت قائمة أمام القضاء الأجنبي، أو حال وقفهـــا، كذا حال صدور حكم نهائي فيها من المحكمة الأجنبية المعنية، ففي كل الفروض المتقدمة، لا يمكن إعمال الدفع بالإحالة(226).

Poul Lagarde, R. Crit. Dr. int., pr., 1967, p. 734: Paris, 3 Juin 1966. clunet, 1961, no. 1096, note

(226) المراجع المذكورة في الهامش السابق.

وقـــد قلـــنا في دراسة سابقة لنا أنه لا يلزم "وجود دعوى أخرى مطروحة أمام القضاء الأجنبي لإمكان إعمـــال الدفع الماثل، فيكفي أن تكون هناك محكمة أجنبية أكثر قدرة على الفصل في النزاع المعنى من المحكمة المصرية". راجع في ذلك:

د. هشـــام خالد، مبادئ القانون القضائي الخاص الدولي ومركز الأجانب، ١٩٩٨ – ١٩٩٩، ص ١٥١ ومـــا بعـــدها. وقد لقي النظر السابق نقدًا من جانب الفقه المصري الحديث "ذلك أن القول بها يتنافى مع طبـــيعة الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين الذي يقتضي بداهة أن يكون النزاع ذاته مطروحًا وقائمًا أمام كلتا المحكمتين وقت إثارة الدفع، كما أن هذا الشرط مقرر من قبل كافة القوانين والمعاهدات الدولـــية التـــي عالجت الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية ولا نعلم أحدًا خالف في ذلك ســـوى أصحاب هذه الوجهة من النظر، حقًا قد يصح هذا النظر في إطار نظام آخر غير الدفع بالإحالة، كنظـــرية المحكمـــة غيـــر الملائمة، بيد أنه يظل في إطار الدفع بالإحالة أمرًا يفتقر إلى أدنى سند من التشـــريع الوطنـــي والمقارن. كما أن هذا القول لا يقتضيه مواءمة تعدية أعمال هذا الدفع إلى الصعيد الدولـــي، بل لعل الأفضل التقيد بالشرط محل الدارسة دفعًا لكل شبهة نحو التحايل وحرصًا على مصالح الأفراد" راجع في ذلك النقد:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٧٦ – ٣٧٧.

ومـــن جانبـــنا نرى سلامة النقد السابق، وقد أفدنا من هذا النقد، وعليه عدنا عن رأينا السابق، وسايرنا الفقـــه الـــراجح فـــي هذا الخصوص، وذلك في الطبعة اللاحقة لمؤلفنا سالف الذكر، والتي صدرت بعد مناقشة الرسالة المتقدمة. راجع في ذلك:

د. هشام خالد، مبادئ القانون القضائي الخاص الدولي، طبعة ثالثة، طنطا، ٢٠٠٥.

غاية الأمر، أننا قد حاولنا توسيع نطاق نظرية الدفع بالإحالة عن طريق الاستفادة من نظرية التخلـــي، خاصـــة أن هـــناك ثم غموض حول موقف الفقه الآخذ بالإحالة من نظرية التخلي، والسؤال

ومـــن جانبــنا نؤيد الاتجاه الحديث في الفقه المصري[227] والذي يرى أنه حال شطب الدعوى أمام المحكمة الأجنبية، فعلى المحكمة المصرية أن تمنح الخصــم أجــلاً لتجديدها من الشطب، وفي حالة وقف الدعوى، فعلى المحكمة المصـــرية أيضـًـا منح الخصم المعني أجلاً لتعجيلها من الوقف. وبعد أن يقوم الخصــم المعنــي بالــتجديد أو التعجيل حسب مقتضى الحال، هنا سوف تكون القضــية معروضة على محكمة مصرية ومحكمة أجنبية في ذات الوقت، بحيث يمكــن الدفــع بالإحالة، بما يحقق أهداف هذا الدفع على نحو أوفى. ولكن هناك فــروض أخــرى لا يســتجيب فــيها الخصــم المعني لطلب المحكمة بالتجديد أو التعجــيل، هــنا يتعــين على المحكمة المصرية المعنية رفض إعمال الدفع الماثــل، لعــدم استجابة الخصم المعني لطلب المحكمة سالف الذكر. وعلى هذا الــنحو، نرى عدم سلامة الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي، والتي رفضت إعمال الدفع بالإحالة، على أساس أن الدعوى المعروضة على المحكمة الأجنبية المعنية، قد شطبت، أو أنها موقوفة، أو انقطع سير الخصومة فيها[228]. ففي كل الأحــوال الســابقة، كــان من المتعين على المحكمة الفرنسية المعنية أن تمنح الخصــوم الأجــل المناسب لعودة الدعوى المعنية إلى المحكمة المختصة بحيث يكــون الأمر متعلقًا بدعويين منظورتين أمام محكمتين مختلفتين. مع تقرير حق المحكمـــة الفرنسية في عدم إعمال الدفع المعني، إذا لم يستجيب الخصوم لطلب المحكمة المتقدمة، عن طريق التجديد أو التعجيل حسب مقتضى الحال.

المطــروح مـــا هو مركز نظرية التخلي من نظرية الدفع بالإحالة؟ وتسلم بفشل محاولتنا السابقة، الأمر الــذي دفعنا إلى العدول عنها والتسليم بذاتية نظرية الدفع بالإحالة مع إفساح المجال لعمل نظرية التخلي بوصفها إداة احتياطية ومساعدة لنظرية الدفع بالإحالة.

(227) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٧٤ – ٣٧٦.

(228) راجع ما قبله.

الشرط المماثل بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص:

الـــثابت أن الشرط المماثل لا يلزم توافره في خصوص الشرط السالب للاختصـــاص القضـــائي الدولـــي، وذلـــك على النحو الذي رأيناه سابقًا. فمن المتصـــور أن يتم الدفع بالشرط السابق، حال وجود النزاع المعني أمام المحكمة الأجنبـــية، التـــي منحت الاختصاص بموجب الشرط المعني. وعلى العكس من ذلـــك، فمن المتصور ألا يكون النزاع المعنى قد عرض على المحكمة الأجنبية التي منحت مثل هذا الاختصاص. وفي كل حال يجوز التمسك بالشرط السابق، ومطالبة المحكمة بإعماله، حرصًا على تنفيذ إرادة المتعاقدين بسلب الاختصاص القضائي الدولي من محكمة معينة، ومنحه لأخرى أجنبية[229].

وتجـــدر الإشـــارة إلى تعلق الأمر بدعويين مطروحتين على محكمتين، تابعتين لدولتـــين مختلفتـــين، وعلى هذا الأساس، فإن التساؤل سوف يثار حول مفهوم الدعويـــين المعنيتـــين، كذا حول مفهوم المحكمة الأجنبية ومتى تتحقق مثل هذه الصـــفة لهـــذه الأخيـــرة، وما هو القانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص؟ سوف نحاول الإجابة على التساؤل السابق بشيء من التفصيل:

أولاً: وجود دعويين:

"تقـــوم المحـــاكم بأوجـــه نشـــاط مختلفة، لا تعتبر كلها قضاء بالمعنى الصـــحيح، فالمحكمـــة قـــد تصـــدق على صلح أو تأذن لقاصر بإبرام تصرف قانونـــي. وهذه الأعمال تعرف في الاصطلاح العربي بالأعمال الولائية"[230].

والســـؤال المطـــروح الآن هـــو الآتي: ما هو نطاق الدفع بالإحالة لوجود ذات النزاع أمام محكمة أجنبية؟ فهل ينصب الأخير على الأعمال القضائية للمحاكم، أم ينصـــرف للأعمـــال الولائية أيضًا؟ ظاهر الحال يفيد أن الإحالة إنما تنصب

---

(229) راجع ما قبله الفصل السابق، والخاص بالشرط السالب للاختصاص.

(230) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط ٢، ١٩٨١، ص ٣٧.

علـــى الأعمـــال القضائية للمحاكم، ولا تتصرف للأعمال الولائية لهذه الأخيرة بحال[231]. فإذا كانت المحكمة المصرية تمارس عملاً قضائيًا، وتم الدفع أمامها بالإحالـــة لوجـــود ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، هنا سوف تقوم هذه المحكمة بإجابـــة الدافـــع، إذا ما توافرت الشروط اللازمة لإعمال مثل هذا الدفع. وعلى العكس من ذلك، فإذا كانت المحكمة المصرية تمارس عملاً ولائيًا حتى ولو قدم إليها الطلب في شكل صحيفة دعوى عادية، وبعد ذلك تم الدفع أمامها بالإحالة، هنا سوف تقوم المحكمة المصرية المتقدمة، برفض مثل هذا الطلب، نظرًا لعدم تعلق الأمر بعمل قضائي، الأمر الذي ينتفي معه مبرر الإحالة.

<u>تمييز العمل القضائي عن العمل الولائي:</u>

"بما أن العمل الولائي يدخل في نطاق الوظيفة القضائية. فيتعين تمييزه عـــن العمـــل القضـــائي، خاصـــة أنه يصدر من نفس القاضي وقد يتخذ نفس الشكل"[232]. "ولأن العمل الولائي ليس عملاً قضائيًا، كما أنه ليس عملاً إداريًا، فإنه لا يكفي لتمييزه تطبيق معيار التفرقة بين هذين العملين والسابق بيانه"[233]. وقـــد تنوعت المعايير المستخدمة في تمييز العمل القضائي عن العمل الولائي، ونعرض هنا لأهمها:

---

(231) د. عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، ط ٢، ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، ص ٥٤، هامش ٥٠. والقاضي المختص بإصدار الأوامر على عرائض عندما يرفض إصدارها إذا ما تبين لـــه أنـــه غير مختص قانوناً بإصدارها ... لا يستطيع في مثل هذه الحالات أن يحيل طلبات استصدار الأوامر على عرائض إلى جهة الاختصاص لأنه لا يصدر بمناسبتها أحكاماً قضائية وإنما أوامر ولائية.

(232) د. إبراهيم سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٣، ص ١١٥.

وراجع أيضًا: د. هشام خالد، ماهية الحكم القضائي الأجنبي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٩٠ وما بعدها، والمراجع العديدة المذكورة في الصفحات المعنية.

د. هشـــام خالـــد، مفهـــوم العمـــل القضـــائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دراسات في قانون المرافعات، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٨٣ وما بعدها.

د. هشام خالد، مفهوم العمل القضائي، مجلة المحاماة، ع ٣ – ٤، ١٩٨٧، ص ٥٤ وما بعدها.

(233) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٣٩. وراجع ما قبله.

(أولاً) المعيار الشكلي:

وبمـــوجب هذا المعيار يكون العمل ولائيًا إذا ما تم إصداره بناء على عريضـــة مقدمة من صاحب الشأن، دون تكليف الخصم المعني بالحضور، في جلسة غير علنية، ويتخذ العمل شكل الأمر وليس شكل الحكم[234]، ويعاب على هـــذا المعيار أنه غير جامع. وبيان ذلك أنه "ينصب في الواقع على نوع معين مـــن الأعمـــال الولائية هو الأوامر على عرائض. ولكن الأوامر على عرائض إنمـــا هـــي صورة فقط من صور النشاط كحكم إيقاع البيع ورغم ذلك لا يمكن اعتـــبارها أعمـــال قضائية"[235]. هذا إلى أن المشرع قد يستلزم لإصدار العمل الولائـــي أن يـــتم إعـــلان الطرف الآخر، كما هو الحال بالنسبة لطلب المعونة القضـــائية. وبهـــذه المثابة فإن فكرة التكليف بالحضور لا تعتبر فيصلاً لتحديد طبـــيعة العمـــل محل البحث[236]. ويعاب على المعيار المتقدم، أنه يغفل جوهر العمـــل عند تعريفه، ويستعين في ذلك بأمور خارجة عنه، وهي اللجوء للقاضي بواســـطة عريضـــة وعدم إعلان الخصم[237]. فمراعاة هذه الأوضاع هي أمر لاحـــق على التحقق من وجودنا بصدد عمل ولائي، ومن ثم لا يمكن الاستعانة بها للوقوف على طبيعة العمل محل البحث[238]. وفضلاً عن ذلك، فقد قيل بأن

---

(234) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٥.

د. عبد الباسط جميعي، سلطة القاضي الولائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، س ١١، ع ٢، يوليو ١٩٦٩، ص ٦٣٦.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠.

(235) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٥ – ١١٦.

(236) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٦.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠.

(237) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٦ والمراجع المشار إليها فيه.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠.

(238) قارب: د. محمد عبد الخالق عمر، النظام القضائي المدني، ج١، المبادئ العامة، ط أولى، ١٩٧٦، ص ١٧.

"الالــتجاء إلـــى المعايير الإجرائية لا يجدي في هذا المقام، لأن تنظيم المشرع للسلطة الولائية يختلف من حالة لأخرى"[239]. وفي النهاية، فثمة أعمال قضائية تتم في غرفة المشورة، كما هو الحال بالنسبة للتظلم من أمر تقدير أتعاب الخبير إعمالاً للمادة ١٦١ من قانون الإثبات. والأحكام قد تصدر في جلسة غير علنية حفاظًــا على النظام العام والآداب أو صيانة لحرمة الأسرة إعمالاً للمادة ١٠١ مـــن قانـــون المـــرافعات. هذا إلى أن بعض الأعمال الولائية تصدر في جلسة علنية، وآية ذلك حكم إيقاع البيع الجبري[240].

(ثانيًا) معيار سلطة القاضي[241]:

ووفقًـــا لهـــذا المعيار نكون بصدد عمل ولائي إذا كان للقاضي سلطة تقديـــرية عـــند إصداره، فسلطته هنا تمثل سلطة الموظف العام، فكلاهما يتمتع بســـلطة تقديـــرية عند مباشرة عمله. وعلى العكس من ذلك نكون بصدد عمل قضـــائي إذا كانـــت سلطة القاضي مقيدة عند مباشرته. ويدللون على ذلك بأن القاضــــي عـــند مباشرة العمل الولائي لا يلتزم بإجراء تحقيق وذلك على خلاف الحـــال بالنســـبة للعمل القضائي، حيث يلتزم بإجراء تحقيق للوقائع المقدمة من الخصـــوم إليه[242]. ويعاب على الرأي المتقدم أنه يعول في تحديده على أمور خارجة عنه هي سلطة القاضي عند مباشرته، والمفروض أن يتم تعريف الشيء وفقًـــا لجوهـــره ومضمونه[243]. ومن ناحية أخرى، فالثابت أن المعيار المتقدم

---

[239] د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٧.

[240] د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠.

[241] راجع في عرض هذا المعيار: د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠ – ٤١.
د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٧ – ٦٣٩.
د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٦ وما بعدها.

[242] راجع: د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٠ – ٤١.
د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٧ – ٦٣٩.
د. إبراهيم سعد، الموضع السابق.

[243] د. فتحي والي، الوسيط...، المرجع السابق، ص ٤١.

غير مانع، حيث تكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة عند مباشرة بعض الأعمال القضـــائية، ومـــثال ذلك، سلطته في فرض غرامة تهديدية أو منح مهلة للمدين للـــوفاء[244]. ومن ناحية ثالثة، فالمعيار المتقدم يتسم بعدم السلامة، حيث يلتزم القاضـــي في بعض الأحيان بإجراء ثمة تحقيق عند مباشرة سلطته الولائية. وقد تنعدم سلطته التقديرية عند مباشرته لأعمال التوثيق البحت[245].

(ثالثاً) معيرا انتفاء النزاع[246]:

بموجب هذا المعيار نكون بصدد عمل ولائي إذا ما نتفت المنازعة أمام القاضـــي. وعلـــى العكس من ذلك نكون بصدد عمل قضائي إذا ما تعلق الأمر بحســـم مـــنازعة. ويرى البعض أن المقصود بانتفاء المنازعة هو انتفاء النزاع بمفهومه الحقيقي حتى لو كان مفترضًا أو محتملاً. والعبرة بوقت مباشرة العمل لا بعـــده[247]. ومفـــاد مـــا تقدم أن "الأعمال الولائية تصدر في غير خصومة

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٧.

(244) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٧.

(245) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١ وما بعدها.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٧.

(246) راجـــع فـــي عرضـــها: د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص ١١٦ وما بعدها.

د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٢ وما بعدها.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١ – ٤٢.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

د. محمود هاشم، استنفاد ولاية القاضي المدني، المحاماة، ع ٥ – ٦، س ٦١، مايو ١٩٨١، ص ٦٥

(247) راجع في ذلك: د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ١١٧.

د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٢ – ٦٣٣.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٢ والمراجع المشار إليها.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٢٣/٦/١٩ إلى أن:

ولا تتضمن حسمًا لنزاع قائم، لأنها إما أن تصدر قبل أن تثور المنازعة أو بعد انـــتهاء المنازعة، وحتى إذا صدرت أثناء منازعة قائمة فإنها تصدر في نطاق آخـــر، مســـتقل عـــن نطاق المنازعة نفسها، ولا تؤدي إلى إنهاء المنازعة ولا تقضـــي على الخصومة ولا تسفر عن تقرير الحق وإسناده لصاحبه، وإنما هي وســـيلة إلـــى اتخـــاذ تدابير وقتية للمحافظة على الحق أو للكشف عنه أو لحفظ الأمن المدني، دون مساس بأصل الحق ودون أن تؤثر في جوهره"[248]. ولكن يـــثور التســـاؤل عـــن حكم الحالة التي تثار فيها منازعة صورية بين المدعي والمدعـــى عليه بأن يكونا قد اتفقا على ذلك، بهدف الحصول على حكم قضائي يثبت لهما حقوقهما وفقًا لاتفاقهما. فهل نعتبر هنا بصدد عمل قضائي أو ولائي. يـــرى أصحاب النظر السابق أنه من المتعذر إعطاء إجابة واحدة على التساؤل الســـابق، والأمـــر فـــي النهاية يتوقف على موقف المدعى عليه: فإذا ما نازع المدعـــي في طلباته أصبحنا بصدد عمل قضائي رغم صورية المنازعة، أما إذا لـــم يـــنازعه، فالأمـــر يتعلق بعمل ولائي[249]. وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنســـي الصـــادر في ١٩٤٤/٧/١٥ والخاص بتنظيم غرفة المشورة قد أخذ بالمعـــيار المتقدم، حيث تنص المادة الثانية منه على أنه "تفصل غرفة المشورة الولائية في كل الطلبات التي تفترض عدم وجود خصم ولا يمكن أن تؤدي إلى

Il n'y à lieu à jurdiction gracieuse que dans le cas Où la mesure réclamée ne constitue pas une véritable demande et n'appelle pas de contradiction. Civ 19 Juin 1923, D.P. 1926. I. 8. en: Jurisprudence générale Dalloz, Quatrieme table alphabetique de cinq années du R. Dalloz, 1922-1926, Par Griolet et Vergé, op. cit, p. 415.

(248) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٢ والمراجع المشار إليها.

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤١.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٣ والمراجع المشار إليها.

(249) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢ والمراجع المشار إليها.

منازعة من الغير أو الطلبات التي يشترط فيها – رغم انتفاء الخصوم – صدور قرار من المحكمة بسبب طبيعة العمل أو صفة هؤلاء الخصوم"[250].

وقد لقي الاتجاه السابق قبولاً حسنًا لدى جانب من الفقه المصري، حيث ذهب إلى أن الأمر هنا لا يتعلق بنزاع بين طرفين يبرز تدخل القاضي لحسمه. وعلى خلاف ذلك فإن مهمة هذا الأخير هنا هي إزالة عقبة من نوع آخر[251]. فمهمة الجهاز القضائي هي إزالة العوارض التي تعوق الحياة القانونية وتحول دون الأفراد وممارسة حقوقهم المقررة قانونًا. ولا شك أن البحث عن معيار للتمييز بين العمل القضائي والعمل الولائي يجب أن يتم في ضوء تحديد طبيعة العقبة المعنية والمراد إزالتها[252]. والعقبة التي تعوق الحياة القانونية يمكن أن تتخذ صورة المنازعة أو النزاع والذي ينشأ بين شخصين حول إعمال قاعدة معينة على حالة محددة. وعلى العكس من ذلك، فإن القانون ذاته قد يوجه عقبة معينة بصدد مباشرة حق أو مركز قانوني، ويوجب تدخل القضاء لإزالتها. فهنا لا توجد إرادات متعارضة، بل عقبة قانونية إن جاز استعمال هذا التعبير[253]. ففي الحالة الأولى نكون بصدد عمل قضائي، وفي الحالة الثانية نكون بصدد عمل ولائي. إذن، فمعيار التمييز بين العمل القضائي والولائي يكمن في فكرة حسم النزاع حتى لو كان ضمنيًا أو صوريًا بإرادة المشرع أو باتفاق الخصوم. وبهذه المثابة، فإذا تعلق الأمر بحسم منازعة فنكون

---

(250) راجع: د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٠، هامش ٢.

راجع أيضًا: د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٠.

د. محمود هاشم، المرجع السابق، حيث يشير إلى المادة ٢٥ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر عام ١٩٧٥ والتي تنص صراحة على أنه:

"le juge statue en matière gracieuse lorequ en 'absance de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige".

(251) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٠.

(252) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢١.

(253) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢١.

بصدد عمل قضائي، وعلى العكس من ذلك إذا لم يفض العمل إلى حسم منازعة كنا بصدد عمل ولائي[254].

وقد لقي المعيار المتقدم نقدًا جارحًا من الفقه:

فمن ناحية أولى: قيل بأن الحكم الغيابي يصدر دون منازعة من خصوم، ورغم ذلك نكون بصدد عمل قضائي[255]. وأجيب على ذلك، بأن الأمر هنا يتعلق "بمعارضة سلبية جعلت المدعي يلجأ إلى القضاء"، "كما يتأكد النزاع الضمني بعدم مثول المدعى عليه أمام القضاء[256]". ولا شك أن وجه النقد المتقدم لا يرتفع بموجب الإجابة السابقة. فقد تنتفي معارضة المدعى عليه على وجه الإطلاق. ويمكن أن نمثل لذلك بالحالة التي يلجأ فيها المدعي إلى رفع دعواه إلى القضاء دون أن يطالب المدعى عليه بحقه. فهنا لا يمكن القول بوجود معارضة سلبية لحق المدعي. كذا فإن عدم مثول المدعى عليه أمام القضاء قد يكون مرجعه عدم سلامة إعلانه بصحيفة الدعوى أو عدم تواجده في المكان الذي تم إعلانه فيه أو لغير ذلك من الأسباب. وفي كل هذه الحالات وخلافها لا يمكن أن يحمل عدم الحضور على أنه معارضة لحق المدعي، نظرًا لما ينطوي عليه هذا النظر من اعتساف في التأويل.

ومن ناحية ثانية: قيل بأن المدعى عليه قد يسلم بطلبات المدعي في دعواه. فهنا ينتفي النزاع، الأمر الذي يفيد أن معيار النزاع ليس حاسمًا في هذا الصدد[257]. وقد أجيب على ذلك، بأن التسليم بطلبات معينة تماثل حالة اتفاق الأخصام على نتيجة الدعوى المتداولة بينهما وتأخذ ذات حكمها، سيما إذا سلمنا

---

(254) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٦.

د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٦.

(255) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢.

وفي الأخذ بذات النظر د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٦.

(256) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(257) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢.

بـــأن صـــورية المـــنازعة هنا لا تعارض النظام العام[258]. ومع ذلك نرى أن صـــورية النـــزاع تعنـــي انعدامه، ومن ثم لا يرتفع وجه النقد المتقدم بالإجابة سالفة الذكر.

ومـــن ناحية ثالثة: قيل بأن المعيار المتقدم لا يعول في تعريف العمل على مضمونه بل على أمر خارج عنه "وليس من المقبول قانونًا اختلاف طبيعة عمـــل القاضـــي ذي المضمون الواحد باختلاف موقف الخصم. وإذا كان معيار النـــزاع لا يصـــلح. لتمييـــز العمل القضائي، فإن معيار انعدام النزاع لا يصلح لنفس الأسباب لتمييز العمل الولائي عن العمل القضائي"[259].

ومن ناحية رابعة: فإن مفهوم فكرة "انتفاء المنازعة" ليست من الأفكار البسيطة، باعتراف صاحبها ومروجها في مصر[260] – كذا فإن تحديد مضمونها يثيـــر جـــدلاً[261]. ولبيان ما تقدم يمكن لنا أن نطرح السؤال الآتي: "متى يكون العمل مثارًا للنزاع ومتى يكون من غير المحتمل أن يثير العمل أي نزاع.. من الصـــعوبة بمكان أن تجيب على هذا التساؤل"[262]. ذهب البعض إلى أن الأمر يـــتعلق بمـــنازعة إذا كان من شأن القرار محل البحث الإضرار بحق لشخص معين. وعلى العكس من ذلك لا نكون بصدد منازعة إذا لم يكن من شأن القرار

---

(258) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(259) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢.

ويذهب د. عبد الباسط جميعي إلى أن "معيار عدم وجود نزاع هو معيار سلبي يثير المقابلة ما بينه وبـــين المعيار المقترح في تحديد العمل القضائي على أساس من سببه وهو معيار النزاع... فهو الوجه الآخر من نفس المعيار"، المرجع السابق، ص ٦٣٤.

(260) يـــذهب الأستاذ الدكتور إبراهيم سعد إلى أنه "وقد يبدو هذا المعيار سهلاً وبسيطًا، إلا أن تطبيقه – كمـــا قـــيل بحـــق – يثيـــر صعوبات عديدة وقد يصعب في كثير من الأحيان تحديد طبيعة القرار الذي يصدره القاضي" المرجع السابق، ص ١٢١.

(261) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٤.

د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ١١٨.

(262) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٤.

المعنـــي الإضـــرار بحق فردي. ففي الحالة الأولى نكون بصدد عمل قضائي، وفي الحالة الثانية نكون بصدد عمل ولائي[263]. والأخذ بالنظر السابق من شأنه تحجـيم فكـرة العمـل الولائي "إلى حد أنه لا يبقى فيها إلا الأعمال التنظيمية للقضاء وأعمال التوثيق وبعض أعمال التصديق، وهو ما يخالف طبيعة الأعمال الولائـية ونطـاق السلطة الولائية" والتي تنطوي على حالات متعددة وصورًا متباينة[264].

(رابعًا) نظرية الدور المنشئ للعمل الولائي[265]:

ويـرجع الفضل في هذه النظرية لفقيه الألماني "واتش" وقد تلقفها الفقه الإيطالـي عـن طـريق كيوفـندا وغيره من الفقهاء الإيطاليين. وبموجب هذه النظرية نكون بصدد عمل ولائي إذا ما تعلق الأمر بإنشاء مركز قانوني جديد، وعلـى العكـس مـن ذلك نكون بصدد عمل قضائي إذا ما تعلق الأمر برابطة قانونـية قديمة، "فالعمل القضائي يفترض وجود خصمين يطلب أحدهما حماية فـي مـواجهة الآخـر، لذا يتدخل القضاء.. لتحقيق هذه الحماية. أما في العمل الولائـي فلا يوجد خصمان، كما لا يوجد مال معين تجب حمايته من الآخرين، ولا تـوجد قاعـدة يجب تطبيقها على الطرف الآخر، ولكن توجد حالة قانونية أو مركـز قانونـي، لا يمكن أن ينشأ أو يسير أو يتطور بفاعلية إلا بعد تدخل الدولـة"[266]. ويمتاز هذا الاتجاه بأنه يبرز لنا الدور الذي يلعبه القاضي بصدد

---

(263) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٤.

(264) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٣٥ – ٦٣٦.

(265) في غرض هذه النظرية: د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢ وما بعدها.
د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٦ وما بعدها.
د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ١٢١ – ١٢٢.
د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٨ وما بعدها.

(266) في كل ما تقدم راجع:
د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٦ – ٦٧.

العمل الولائي، فالقضاء يتدخل هنا لإزالة عقبة وضعها القانون نفسه، ومن شأن ذلك كفالة سير الحياة القانونية وتدفقها[267].

ومع ذلك، فالثابت أن الاتجاه المتقدم لم يسلم من النقد:

فمـــن ناحية أولى: "أن التفرقة بين الأعمال المنشئة والأعمال المقررة مسألة خلافية وشائكة في الفقه والقضاء، وهناك على سبيل المثال حكم الطلاق أو بطـــلان الزواج، فالفقه والقضاء منقسمان على نفسهما في هذا الصدد، فهناك من يذهب لإسباغ الصفة المنشئة عليهما، وعلى انعكس من ذلك هناك من يذهب لإســباغ الصـــفة المقررة عليهما"[268]. ولا شك أن نقل هذه التفرقة السابقة من مجال العمل القضائي للمجال الماثل، من شأنه أن يثير ذات الصعوبات السابقة. وقد أجيب على ذلك بأن "صعوبة التفرقة على فرض وجودها لا تنف وجود ما يعد منشئًا وما يعد مقررًا وهذا ما تقوم عليه هذه النظرية"[269]. ونرى أن الدفاع السابق ليس من شأنه رفع النقد المتقدم، والموجه للمعيار المعني، فصاحبه يسلم بطـــريق غير ظاهر بوجود الصعوبة ويقرر أن النظرية المتقدمة تتكفل بتذليلها، ولكنه مع ذلك لا يبين لنا كيفية ذلك.

ومـــن ناحية ثانية: فهناك بعض الأعمال الولائية التي تعتبر ذات أثر مقـــرر، حيث تنصب على تأكيد مراكز قانونية سابقة ومثالها إثبات الوفاة[270]. "فـــالإعلام الشرعي" لا يفعل شيئًا سوى إعلان أو تقرير مركز قانوني موجود

د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٤٢.

د. وجدي راغب، المرجع السابق، ص ١٢٢.

د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٨.

(267) في هذا المعنى: د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٨.

(268) في هذا المعنى: د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٨ – ١١٩.

(269) د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٧.

(270) د. إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ١١٩.

مـــن قـــبل وهو مركز الوارث"[271]. وقد أجيب على ذلك، بأن الأمر في الحالة السـابقة إنمـا يتعلق بعمل منشأ لحالة قانونية جديدة، وإن كان ذا أثر تقريري بالنسبة لوقائع مادية قديمة، "ومن ناحية أخرى فإن هذه الأعمال على فرض أنها تقريرية فإنها تمثل مجرد حالات قليلة لا تنال من القاعدة العامة في أن الأعمال الولائية ذات أثر منشئ دائمًا"[272]. ولا شك أن الإجابة السابقة تؤكد سلامة النقد سالف الذكر.

ومـــن **ناحية ثالثة:** فقد قيل بأن النظرية السابقة تخلط بين ماهية العمل وآثـــاره فـــتحديد آثار العمل الولائي وتحديد نظامه القانوني يتوقفان على ما إذا كان العمل محل البحث يعتبر عملاً ولائيًا وليس العكس[273].

(خامسًا) نظرية الوسيلة والنتيجة:

وفقًـــا لهـــذه النظـــرية فإن معيار التفرقة بين العمل القضائي والولائي "تنحصـــر في التمييز بين الوسيلة والنتيجة. فإذا كان عمل القاضي يتمخض عن نتـــيجة قررها على أساس بحثه للمنازعة المطروحة عليه وقام بتطبيق القانون علـــى مـــا يثبت لديه من وقائع، فإن عمله في هذا المقام يعتبر قضاءًا.. أما إذا كـــان عمـــل القاضي مجرد وسيلة للكشف عن الحق، أو لحفظ الحق أو ضمان مطابقـــة تصرف معين أو مركز قانوني معين للقانون، فإن عمله في هذا المقام لا يعـــدوا أن يكون عملاً ولائيًا..." [274]. ونظراً لسلامة هذا المعيار نرى تأييده فـــي هـــذا المقـــام، فمن شأن الأخذ به إمكان تمييز العمل القضائي عن العمل الولائي في يسر وسهولة.

---

(271) د. محمد عبد الخالق عمر، النظام...، المرجع السابق، ص ١٨ – ١٩.

(272) د. محمود هاشم، المرجع السابق، ص ٦٨.

(273) د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٧.

(274) د. عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ٦٤٥.

وإعمالاً للمعيار المتقدم، إذا وجدت المحكمة المصرية، أنها بصدد عمل قضـائي، وأن الشروط اللازمة لإعمال الدفع بالإحالة متوافرة، هنا سوف تقوم هـذه المحكمة بإحالة الخصوم إلى المحكمة الأجنبية المعنية، ولكن وعلى عكس ما تقدم، إذا ما وجدت المحكمة المتقدمة أنها بصدد عمل ولائي، حتى ولو رفع إليـها الأمـر في شكل صحيفة دعوى عادية هنا من حق المحكمة المصرية أن تـرفض إعمال الدفع السابق، لانعدام محله. وعلى أثر ما تقدم يتعين علينا الآن التصدي، للإجابة على التساؤل الثاني، رأى تحديد ماهية المحكمتين المعنيتين.

ثانيًا: طرح الدعويين على محكمتين:

ما هو المقصود بالشرط الماثل؟ تسهل الإجابة على التساؤل السابق، لو طرحت الدعوى الأولى على محكمة مصرية بالمعنى الدقيق للكلمة، كأن تكون محكمـة الإسكندرية الابتدائية، في حين طرحت الدعوى الأخرى على محكمة بـاريس الابتدائية. ففي الحالة المتقدمة نحن بصدد محكمتين قضائيتين بالمعنى الدقـيق للكلمـة وذلـك وفقًا لقانون السلطة القضائية في مصر وقانون السلطة القضـائية الفرنسي. والفرض المتقدم، لا يثير أية صعوبة. ولكن هناك فروض أخـرى، يكـون فـيها النزاع المعني معروضًا على هيئة إدارية مصرية ذات اختصـاص قضائي، النزاع ذاته معروضًا على محكمة فرنسية بالمعنى الدقيق للكلمـة، وهـناك فـرض ثالث يكون فيه النزاع الواحد معروض على هيئتين إداريتـين ذات اختصـاص قضـائي: إحداهما مصرية والأخرى فرنسية، فهل تجـوز الإحالـة هـنا من عدمه؟ تجدر الإشارة إلى أن الاتجاه العام هو ازدياد أهمية الدور الذي تلعبه الأجهزة غير القضائية في حسم المنازعات المختلفة في الـدول المختلفة. وبيان ذلك أنه "إلى جانب الهيئات القضائية المعتادة التي تقوم بالوظيفة القضائية، توجد هيئات أخرى تقوم أيضًا بالوظيفة القضائية، وهي التي يطلـق علـيها عـادة، وخاصـة في مصر، اللجان الإدارية ذات الاختصاص

القضائي. ولكنا نفضل عليها اصطلاح "المحاكم الخاصة"، لأن هذا الاصطلاح يشمل الهيئات الأخرى التي ليست إدارية. فمجلس الشعب كهيئة تشريعية، يقوم ببعض الوظائف القضائية... وإنشاء المحاكم الخاصة... ليس أمرًا مرغوبًا من ناحية المبدأ لأنه يخل بوحدة التنظيم القضائي، ولأن... ولكن رغم هذه الاعتبارات النظرية، فإنه توجد ظاهرة عامة تتمثل في ازدياد عدد المحاكم الخاصة والاعتبارات العملية هي التي أدت إلى هذه الظاهرة العامة[275]"، "فالدولة أصبحت تقوم بواجبات متعددة في جميع المجالات، من اقتصادية وثقافية واجتماعية، وهي وظائف لم تكن تقوم بها في ظل سيادة المذهب الفردي. وقد أدى ذلك إلى إعطاء المواطن مزايا كثيرة ومتعددة لا ترقى إلى مرتبة الحقوق بمعناه الدقيق. وأصبح من الواضح أن ضمان حصول المواطن على هذه المزايا يحتاج إلى رقابة فعلية من هيئات محايدة قدر الإمكان... بالطبع لم تكن المحاكم العادية، بحكم تشكيلها وإجراءاتها قادرة على أن تفي بواجب حماية المصالح الجديدة بطريقة فعالة وسريعة، ولذلك كان لابد من إنشاء العديد من اللجان ذات الاختصاص القضائي أو المحاكم الخاصة في مختلف المجالات[276]". فازدياد أهمية الدور الذي تلعبه "المحاكم الخاصة" – إن جاز لنا استعمال هذا التعبير – في حسم المنازعات في الدول المختلفة، إنما يعني إمكان طرح نزاع واحد أمام محكمتين خاصتين تابعتين لدولتين مختلفتين، وهنا يثار التساؤل حول إمكانية الأخذ بالدفع بالإحالة من عدمه؟ إن الإجابة على التساؤل السابق، توجب علينا تحديد طبيعة العمل الذي تمارسه هذه الهيئات، كذا طبيعة القرارات المتقدمة الصادرة عن الهيئات المتقدمة، وعما إذا

---

(275) د. محمد عبد الخالق عمر، النظام....، المرجع السابق، ص ١١.

(276) د. محمد عبد الخالق عمر، الموضع السابق.

كانت أعمالها، أعمال قضائية من عدمه، وعما إذا كانت قراراتها قضائية أم هي قرارات إدارية؟

الـثابت أن العمـــل القضائي هو العمل الذي يحسم مركزًا خلافيًا ناتجًا عـــن تطبيق القانون في الحياة العملية، وتقوم به هيئة تعتبر من الغير في نطاق إجـــراءات خاصـــة تكفـــل للأفراد ضمانات معينة[277]. فإذا ما صدق الوصف السابق على الهيئات الإدارية ذات الاختصاص القضائي (المحاكم الخاصة)، فإن أعمـــال هـــذه الأخيرة سوف تعتبر أعمالاً قضائية، والقرارات الصادرة عنها، ســـوف تعتبـــر قـــرارات قضائية أي أحكام. وبهذه المثابة سوف تعتبر الجهات المـــتقدمة، محاكمًا خاصة كما يحلو للبعض أن يطلقه عليها. وإذا ما وصلنا إلى هذه النتيجة، فلماذا لا نتيح للخصوم حق الدفع بالإحالة أمامها، لقيام ذات النزاع أمـــام جهة نظيرة في دولة أجنبية، أو لقيام النزاع ذاته، أمام محكمة أجنبية وفقًا للمعنـــى الدقـــيق للكلمـــة. نحن نطرح اجتهادنا المتواضع على الفقه المصري، بهدف مناقشته ونقده، الأمر الذي سوف ينتج عنه أفضل الثمرات دون مراء.

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد ماهية المحكمة الأجنبية التي يتعين إحالة النـــزاع إليها، هو أمر يحدده قانون السلطة القضائية في الدولة التي تتبعها هذه المحكمة. وبعد أن فرغنا مما تقدم، يتعين علينا الآن الإجابة على التساؤل الثالث والسابق لنا طرحه، ألا وهو تبعية المحكمتين المعنيتين لدولتين مختلفتين.

<u>ثالثاً: تبعية المحكمتين المعنيتين لدولتين مختلفتين:</u>

يجـــب أن تكـــون المحكمة الأولى تابعة لدولة معينة، ويجب أن تكون المحكمـــة الثانية تابعة لدولة أخرى. وتوجد الدولة في اللحظة التي تتوافر فيها العناصر التالية مجتمعة:

---

(277) راجـــع فـــي ذلـــك تفصـــيلاً: د. هشام خالد، ماهية الحكم القضائي، المرجع السابق، ص ٢٩٠ والمراجع العديدة المذكورة في هامش ٤٠١.

أ- مـــن الـــواجب أن يكـــون هناك سكان أو شعب والمقصود بالأخير "مجمـــوعة من الأفراد من الذكور والإناث والذين يعيشون سويًا كمجتمع ورغم الحقـــيقة الثابتة أنهم قد ينتمون إلى أعراق متعددة أو يعتنقون أديان متعددة، كذا رغم احتمال تعدد ألوان بشراتهم"[278].

ب- ومـــن الـــواجب أن يكـــون هناك إقليم بحيث يتوطن فيه الشعب المعنـــي، ومن هذا المنطلق، فإن القبائل المتنقلة لا يشكلون دولة معينة. ولا يهم بعد ذلك، ما إذا كان حجم الإقليم المعني كبيرًا أم صغيرًا. وقد يكون هذا الإقليم في حجم مدينة واحدة[279]. فمثل هذا الإقليم يصلح كعنصر من عناصر الدولة.

ج- مـــن الـــواجب أن تكـــون هناك حكومة، والتي تتكون من شخص أو أكثـــر. والـــذين يمثلون الشعب. وتقوم هذه الحكومة بتطبيق القانون المعني. فالمجتمع الفوضوي لا يمكن أن يساهم في تشكيل دولة[280].

د- مـــن الـــواجب أن تتمتع الحكومة المعنية بالسيادة. والمقصود بهذه الأخيـــرة أنها السلطة العليا أو تلك السلطة المستقلة عن كافة السلطات الأخرى الموجودة على ظهر البسيطة. [281]

والدولة المعنية قد تكون دولة بسيطة[282]، وقد تكون دولة مركبة[283]، وهناك أربع صور للدولة المركبة[284].

١- الاتحـــاد الشخصـــي، وهنا نكون بصدد دولتين تتمتعان بالشخصية الدولية، وتقومان بالاتحاد معًا، وذلك على أساس واقعة عارضة، وهي أن لهما رئيس / ملك أو إمبراطور واحد[285].

---

(278) Oppenheim (L.), International law, A Treatise., VI, Peace, By Lauterpacht, 1955, p. 118.
(279) Oppenheim, loc cit.
(280) Oppenheim, loc. Cit:
(281) Oppenheim, loc. Cit, p. 118-9.
(282) Oppenheim, op. Cit, p. 170.
(283) Oppenheim, loc. Cit, p. 171.
(284) Oppenheim, op. Cit, p. 171

٢- الاتحاد الكونفدرالي، وهنا نكون بصدد مجموعة من الدول المستقلة التـي تـدخل فـي الاتحاد الماثل مع استمرار تمتع كل واحدة منها باستقلالها وشخصيتها الدولية[286].

٣- الاتحـاد الحقيقي، وهنا نكون بصدد دولتين تدخلان معًا في اتفاقية دولـية، بحـيث يكـونان هـذا الاتحاد، ويصبح هذا الاتحاد بمثابة شخص من أشـخاص القانـون الدولي، وتفقد الدولتان المعنيتان شخصيتهما الدولية. ويقوم الاتحـاد بإبـرام الاتفاقـيات الدولـية لصالح الدولتين، كذا يقوم بعملية التمثيل الدبلوماسـي، ويكـون لهـذا الاتحاد رئيس أو ملك واحد. ولكن على المستوى الداخلي تتمتع كل دولة بنظام قانوني مستقل عن الدولة الأخرى[287].

٤- الاتحـاد الفدرالي، وهنا نكون بصدد مجموعة من الدول المتمتعة بالسـيادة والتـي تقـوم بإبرام معاهدة دولية، بموجبها يتم تكوين دولة اتحادية ودسـتور اتحـادي. وهذا الاتحاد تكون له سلطات على الدول الأعضاء وعلى رعايا هذه الدول. والدولة الاتحادية هي دولة حقيقية. والسيادة هنا تكون مقسمة بين الدولة الاتحادية والدول الأعضاء، كذا الاختصاص بسلطة التشريع. وتتمتع الدولة الاتحادية بالشخصية الدولية[288].

وإعمـالاً لما تقدم، وحتى يمكن إعمال الشرط الماثل إعمالاً صحيحًا، فمـن الـواجب أن تكون المحكمة الأولى موجودة في كيان يصدق عليه وصف الدولـة بالمعيار المتقدم. ويجب أن يخلع قانون السلطة القضائية في هذه الدولة الوصـف المـتقدم علـى هذه المحكمة. وبالمثل يجب أن تكون المحكمة الثانية

---

(285) Oppenheim, loc. Cit.

(286) Oppenheim, op. Cit, p. 173 – 174.

(287) Oppenheim, op. Cit, p. 171- 172.

(288) Oppenheim, loc. Cit, p. 175 – 176.

موجـــودة في دولة أخرى خلافًا للدولة الأولى. فإذا كانت المحكمتان موجودتان فـــي دولـــة واحـــدة ذات شخصية دولية واحدة، هنا لا نكون بصدد إحالة دولية ولكـــن بصـــدد إحالـــة داخلية أو وطنية. ففي حالة الاتحاد الفدرالي، كالولايات المـــتحدة الأمـــريكية، فإن الإحالة من محكمة نيوجرسي إلى محكمة نيويورك، تعتبـــر إحالة داخلية، وليست إحالة دولية، لأن الولايات المتحدة الأمريكية دولة فدرالـــية أو اتحادية ولها شخصية دولية واحدة ولها سيادة واحدة. وعلى العكس مـــن ذلك، فإذا كان هناك اتحاد كونفدرالي بين ٣ دول هي على سبيل المثال أ، ب، ج، وتمت الإحالة من محكمة تابعة للدولة (أ) إلى محكمة تابعة للدولة (ج) هـــنا نكون بصدد إحالة دولية وليست إحالة داخلية أو وطنية. لأن كل دولة من الـــدول المـــتقدمة لها شخصيتها الدولية الخاصة. أما الإحالة التي تتم في نطاق محـــاكم دولتـــين اتحـــدتا اتحـــادًا حقيقيًا، فمثل هذه الإحالة، تعتبر إحالة داخلية وليســـت من قبيل الإحالة الدولية. حيث انصهرت الدولتان وكونتا دولة واحدة، ذات شخصية قانونية واحدة.

أثر الاستخلاف الدولي على طبيعة الإحالة:

تجدر الإشارة إلى أن الإحالة الدولية يمكن أن تتحول إلى إحالة وطنية أو داخلـــية، وذلك في الفرض الذي تندمج فيه الدولتان المعنيتان بحيث تتحولان إلى دولة واحدة. ويمكن أن نعطي مثالاً على ذلك: تم الدفع بالإحالة أمام محاكم الدولة (أ) وذلك بهدف نقل القضية إلى محاكم الدولة (ب) وذلك بوصفها الأقدر علـــى الفصل في النزاع وكفالة آثار الحكم المرتقب. وفي هذا الوقت تم اندماج الدولتين أ، ب بحيث كونتا معًا الدولة (ج). هنا تحولت الإحالة الدولية إلى إحالة وطنـــية، حيث أصبحت المحكمتان تابعتين لسيادة واحدة[289]. وعلى العكس من ذلـــك، فقـــد تتحول الإحالة الداخلية إلى إحالة دولية، وذلك في الفرض التالي تم

---

(289) راجع بوجه عام: Oppenheim, op. cit, p. 156 ss

الاتفــاق بــين المــتعاقدين على اختصاص محكمة معنية في الدولة (أ) قام أحد الخصــوم بمخالفــة هذا الشرط حيث رفع دعواه أمام محكمة أخرى، في الدولة المــتقدمة ذاتها. على أثر ذلك، قام الخصم الآخر، بالدفع أمام هذه المحكمة بعدم الاختصــاص وطلب إحالة النزاع إلى المحكمة المتفق على منحها الاختصاص المعنــي. هــنا تــم انقســام الدولة (أ) إلى دولتين (ب)، (ج)، وكان الثابت أن المحكمــة الأولــى كانت واقعة في إقليم الدولة (ب) والمحكمة الثانية واقعة في إقلــيم الدولــة (ج)، هــنا تحولت الإحالة الداخلية إلى إحالة دولية، حيث كانت المحكمــتان خاضــعتان لسيادة واحدة، فأصبحت المحكمتان خاضعتان لسيادتين مختلفتين[290].

الشرط الثاني: وحدة الأطراف في الدعويين[291]:

بمــوجب الشــرط الماثــل، يجب أن يتحد الخصوم في الدعويين وهذا الشرط لم نذكره عند الحديث عن الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي،

---

(290) راجع بوجه عام: Oppenhim, loc. cit.

(291) راجع في ذلك تفصيلاً:

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٨.

د. أبو العلا النمر، المراجع السابق، ص ٧٨.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٣.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المراجع السابق، ص ١٨٤.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٤.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 102.
Tallon, op. cit. op. cit, p. 132.
Huet, op. cit, no 6. Instance.
Tribunal de Grande Instane, Seine, 5 Mai 1959, Juris – Cla. Dr. int., 1960, p. 166. paris, Com., 4 Jan, 1968, Gaz. Palais 1968, I, p. 247, Note par R.S.

وذلــك لعــدم اشــتراط وجود نزاع آخر أمام المحكمة الأجنبية المراد أن نعهد بالاختصاص إليها[292]. وعلى خلاف الحال هنا، فمن اللازم أن نتأكد من وحدة الأطــراف في الخصومتين المعنيتين، والمطروحة إحداهما أمام محكمة وطنية، والأخــرى أمــام محكمــة أجنبــية. وإذا كــان الخصوم متحدين في الدعويين المعنيتــين، هنا يكون الشرط الماثل متحققًا. وعلى خلاف ذلك، فإذا كان هناك خلاف في الخصوم فمن الواجب علينا القول، بعدم تحقق الشرط محل العرض. ويمكــن أن نمثل لذلك بالآتي: قام (أ) برفع دعواه أمام المحكمة المصرية ضد (ب) و(ج)، وقــام (ب) برفع دعواه أمام المحاكم الليبية ضد (أ) و(د). ففي هذا الفرض لا يكون هناك ثم تطابق بين الخصوم في الدعويين المعنيتين، حيث أن (د) مختصــم أمــام المحــاكم الليبيــية، في حين أنه غير مختصم أمام المحاكم المصــرية، كما أن (ج) مختصم أمام المحاكم المصرية، ولم يتم اختصامه أمام المحــاكم الليبيــية. ولا يهم وحدة الصفات بالنسبة للخصوم المعنيين. فقد يكون الخصــم (أ) مدعــيًا في الدعوى الأولى، ومدعى عليه في الدعوى الثانية، وقد يكــون الخصم (ب) مدعى عليه في الدعوى الأولى ومدعيًا في الدعوى الثانية. وقــد يكون الخصم (ج) مدخلاً في الدعوى الأولى، في حين أنه متدخل هجوميًا أو انضماميًا في الدعوى الثانية. وهكذا، فالمهم هنا هو وجود ذات الخصوم في الدعويين المعنيتين[293].

ويثار التساؤل حول حكم الحالة التي تحتوي فيها دعوى معنية الدعوى الأخــرى[294]، فهل يكون هنا ثم حاجة للاتحاد المطلق في الخصوم من عدمه. لا مانــع إطلاقًــا مــن القول بتوافر الشرط الماثل، في الحالة التي يتحقق فيها

---

[292] راجع ما قبله.

[293] Tallon, Loc. cit.
Huet, loc. cit.

[294] حول فكرة الاحتواء راجع: د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١٠٨ وما بعدها.

الاحتواء، حيث توجد ثمة وحدة وتطابق شخصي بين أطراف الخصومة الأولى، وبعض أطراف الخصومة الثانية، ومثل هذا التطابق يكفي للقول بتوافر الشرط محل الدراسة، فالتطابق الجزئي شأنه في ذلك شأن التطابق الكلي كاف لتوافر الشرط محل العرض، شريطة اتحاد المحل والسبب في الدعويين المعنيتين، فمثل هذا الاتحاد، هو الذي يؤكد وحدة الأطراف رغم أن هذه الوحدة جزئية وليست كاملة. وعلى العكس مما تقدم، فإن اختلاف السبب أو المحل في الدعويين يؤدي إلى القول بعدم توافر الشرط محل العرض، وذلك رغم التطابق الجزئي بين أطراف الدعويين[295]. فما دعانا إلى قبول التطابق الجزئي للخصوم، هو وحدة السبب والمحل، أما حال زوالهما أو زوال أحدهما، فلا يبقى للتطابق الجزئي الشخصي أية قيمة، ويتعين القول بعدم توافره إطلاقًا. ولكن هل يلزم وحدة الصفة في الخصوم من عدمه؟[296] فإذا كان الخصوم قد رفعوا دعواهم أمام محكمة الدولة (أ) بأشخاصهم وضد المدعى عليهم بأشخاصهم أيضًا، وكان الخصوم ذاتهم قد رفعوا دعوى نظيرة أمام محاكم الدولة (ب) ليس بأشخاصهم ولكن بصفاتهم كأولياء أو كأوصياء[297]، في مثل هذا الفرض لا يكون هناك ثم تطابق في عنصر الأشخاص في الدعويين المعنيتين. إذن فالتطابق في الصفة، هو أمر ضروري للغاية لأن اختلاف الصفات، جعل كل دعوى متميزة عن الدعوى الأخرى.

الشرط الثالث: وحدة المحل في الدعويين: [298]

---

(295) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨٨.

Tallon, R. Crit dr. int pr., 1984, p. 512ss: Paris, 23 Nov. 1983.

(296) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٤.

(297) د. فتحي والي، الموضع السابق.

(298) حول هذا الشرط راجع تفصيلاً:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٣.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨٤.

د. عكاشة عبد العال ود. سامي منصور، المرجع السابق، ص ٥٣٤.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٩.

نشير من البداية إلى أن "محل الدعوى هو ما ترمي إليه الدعوى ويتكون محل الدعوى من ثلاثة عناصر يمكن التمييز بينها أ- القرار الذي يطلب من القاضي... ب- الحق أو المركز القانوني الذي تهدف الدعوى إلى حمايته بهذا القرار... ج- محل هذا الحق أو المركز القانوني".. والمعيار الذي يجب الأخذ به لمعرفة ما إذا كانت الدعوى واحدة أم لا، هو النظر لما إذا كان المحل في أحد عناصره الثلاثة مختلفًا، فاختلاف عنصر واحد في المحل يؤدي إلى اختلاف الدعوى"[299] وبموجب الشرط الماثل يجب أن يكون المطلوب في الدعويين واحدًا. فإذا كان المطلوب في دعوى يختلف اختلافًا كليًا عن المطلوب في الدعوى الأخرى، لكان محل كل دعوى مختلفًا عن محل الأخرى. كذلك يجب أن يكون الحق الذي تهدف الدعوى إلى حمايته بهذا القرار واحدًا في الدعويين. وفي النهاية يجب أن يكون محل هذا الحق، واحدًا في الدعويين. فكل الأمور السابقة يلزم تحققها مجتمعة حتى يتحقق الشرط الماثل[300]. ويشير الفقه إلى العديد من الأمثلة التي يتحقق أو ينتفي فيها التطابق محل العرض[301].

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨١.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

Huet, op. cit, no 7.
Paris, 18 Octobre 1972, Clunet, 1973, 371, Note par. Deby – Gerard.
Coppelletti & Perillo, op. cit, p. 102.

[299] د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٥ – ٨٦.

[300] د. فتحي والي، الموضع السابق. حيث يشير – سيادته – للقواعد محل التطبيق هنا.

[301] د. حفيظة الحداد، المرجع السابق ص ١٦٩.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٧٨ وما بعدها.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨١ – ٨٢.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧١.

Huet, op. cit, p. no 7.

وحدة المحل واحتواء الدعاوى: [302]

"يـــذهب الفقه الإيطالي في تعريفه لفكرة احتواء الدعاوى إلى القول بأن العلاقـــة بـــين عناصــــر دعوى وعناصر دعوى أخرى ليست فقط علاقة كيفية عـــندما يكـــون سبب إحدى الدعاوى متقابلاً مع سبب الأخرى، أو حيث يتقابل المحل، ولكن يمكن أن تكون كذلك علاقة كمية، بمعنى أن يكون سبب أو محل إحداها أكثر اتساعًا من سبب أو محل الأخرى، كما يحدث في طلب شيء بسيط وطلـــب شيء مركب، أو طلب أحد الأموال في دعوى، وطلب مجموع الأموال في دعوى أخرى، أو إذا طلب أحد الخصوم تقسيم شيء في دعوى، وطلب في دعـــوى أخـــرى تقسيم ذمة مالية أكبر اتساعًا، في كل تلك الأحوال يكون هناك احـــتواء دعـــاوى لأن محل إحداها يكون أكبر كميًا من محل الأخرى". [303] إذن "فالاحـــتواء هـــو فـــي حقيقة الأمر رابطة أو علاقة كمية أو تدريجية بين عدة دعـــاوى، أو هـــو.. قـــيام ذات النـــزاع بصورة جزئية، لأن الدعويين تكونان متطابقتـــين في السبب والأشخاص بصورة كاملة، وفي المحل بصورة جزئية، حيث أن جزء فقط من الدعاوى المحتوية (الكبرى) يكون مماثلاً ومساويًا تمامًا لمحل الدعوى المحتواة (الصغرى)". [304]

"ويمكن القول بأن الفقه الإيطالي ينظر إلى الاحتواء على أنه (قيام ذات النـــزاع) بصـــورة جزئية. فالاحتواء يفترض العرض المتعاصر للدعويين أمام قاضـــيين مختلفين، فالدعويان متطابقتان في كل العناصر مع اختلاف وحيد هو

Paris 23 Decembre 1960, R. Crit dr. int. pr. 1962. Note par Bellet.
Paris, 16 Février, 1979, Gazzette du palais, 1979, II, p. 385, Note par S.R.
Cass. Soc. 7 Mai 1996, R. Crit dr. int 1997, p. 77, 83, Note par Droz.
Tribunal de Grande Instance Créteil, 16 Mai, 1974, Gazzette du Palais, 1975, I, p. 140.

(302) حول احتواء الدعاوى، راجع: د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما بعدها.

(303) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١١٠.

(304) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١١١.

أن المطلـوب في أحدهما أوسع من المطلوب في الأخرى، فالدعوى الصغرى تكـون محـتواة ليس جزئيًا وإنما كميًا في الدعوى الأخرى الكبرى فالاحتواء يستلزم صلة موضوعية كمية خالصة، حيث أن إحدى الدعويين يجب أن تدخل فـي دائرة محتواة في دائرة أخرى ذات قطر أكبر، فالاحتواء ليس إلا نوعًا أو ضـربًا مـن (قيام ذات النزاع)" [305] وهناك بعض الأمثلة للاحتواء مستقاة من القضاء الإيطالي، من ذلك: "الدعوى التي محلها طلب الحكم على صاحب العمل بالـوفاء بتعويض أقدمية ومكافآت بسبب العمل الإضافي – الدعوى المبداة أمام قاضي آخر من صاحب العمل من أجل استرداد مبلغ الاستدانة القائم على أساس مكافـآت في مدة الغياب بسبب المرض (من ذلك أيضًا):... الدعوى المرفوعة بتخفيض الثمن لعيوب في الشيء المبيع والأضرار الناجمة عن ذلك – الدعوى المـرفوعة مـن البائع التي تقتصر على طلب الوفاء بباقي الثمن. (كذلك) بين طلب التقرير السلبي الذي يطالب بمقتضاه المدعي أن يحقق في أنه لا تقوم بينه وبـين المدعى عليه أي رابطة وظيفية – والطلب المبدى من هذا الأخير الذي يطلب فيه حكمًا آمرًا بالوفاء لأداء خدمة وظيفية"[306].

إذن، فكلمـا تحقق الاحتواء بين الدعاوى المنظورة أمام قضاء دولتين، فمن حق الخصوم التمسك بالدفع بالإحالة، لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية. وهـذا النظر إنما يكشف عن الفهم العميق لفكرة وحدة المحل في الدعويين. أما الفهـم غيـر العمـيق للفكـرة المتقدمة، فيعني، وجوب التطابق التام بين محل الدعويـين، بمـا يفـيد رفض الإحالة، وذلك حال احتواء الدعاوى، الأمر الذي تضيع معه العديد من الفوائد التي عسى أن يفيد منها الخصوم، وذلك حال الأخذ بفكـرة احـتواء الـدعاوى. كما أن رفض الفكرة المتقدمة، يمكن أن يؤدي إلى

---

(305) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١١٢.

(306) د. أحمد هندي، المرجع السابق، ص ١١٣، هامش ٢.

إرهاق المحكمة المدفوع أمامها بالإحالة دون مقتضى. والثابت أن ما انتهينا إليه تعتمده بعض أحكام القضاء الفرنسي[307]، ويؤيده جانب من الفقه المصري.

وإذا تم عرض الصورة الإيجابية للنزاع أمام محاكم دولة معينة، وتم طرح الصورة السلبية للنزاع أمام محاكم دولة أخرى، هنا يكون محل الدعويين واحدًا، بما يبرر الأخذ بالإحالة[308]. ونؤكد مع البعض، أنه من الواجب عدم التوسع في تحديد نطاق فكرة وحدة المحل، بحيث تشمل حالات أخرى خلافًا لما تقدم، وذلك حفاظًا على ذاتية هذه الفكرة وتميزها عما سواها من الأفكار التي تؤدي دورًا مماثلاً، ألا وهو سلب الولاية من القضاء الوطني والعهدة به إلى قضاء أجنبي[309]. والثابت أنه من يريدون توسيع المدرك السابق، بهدف تحقيق أغراض معتبرة في هذا المقام، في وسعهم الوصول لمثل هذه الأغراض، عن طريق أدوات أخرى، مثل الدفع بالارتباط على سبيل المثال.[310]

<u>وحدة المحل بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص:</u>

الثابت أن الشرط الماثل، لا وجود له في حالة الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي، حيث لا توجد دعوى أخرى منظورة أمام القضاء الأجنبي في غالب الحالات. ولكن من المتصور وجود مثل هذه الدعوى أحيانًا، وحتى في هذه الحالة، لا يلزم وحدة المحل في الدعويين، إعمالاً لمبدأ سلطان

---

(307) Cass. Soc., 7 Mai, 1996, R. Crit dr. int pr., 1997, p. 77, Note par Droz, p. 83.

(308) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٦.

د. عبد الحكيم مصطفى، الدفع بالإحالة في الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٥٤.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨١.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٧٩ – ٣٨٠.

(309) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨١.

(310) راجع تفصيلاً:

Cappelletti & Perillo, Civil Procedure in Italy, The Hague, 1965, p. 88 – 89 – 102 – 103, 106 – 154 – 155 – 171.

الإرادة. وحتـــى إذا – استلزمنا – جدلاً – مثل هذا الشرط، وهذا ما لا نسلم به، ففي وسع الخصوم تغيير مثل هذا المحل في مرحلة لاحقة من الخصومة. وعلى أثر ما تقدم، يتعين علينا الآن، التصدي للشرط الرابع، ألا وهو وحدة السبب.

الشرط الرابع: وحدة السبب: (311)

"ترمـــي فكرة السبب – بالتعاون مع المحل – إلى تحديد معالم الشيء المطلـــوب القضاء به من الناحية الموضوعية. فهذا الشيء لا يتحدد فقط بتحديد مـــاذا يطلـــب المدعـــي مـــن القضاء (أي المحل) وإنما أيضًا بتحديد سبب هذه الحمايـــة القضائية، فإذا اختلف السبب كنا بصدد دعويين لا دعوى واحدة. وقد تعـــددت الآراء حـــول تحديد السبب، ولكنها تدور حول فكرتين فالبعض يرى.. (ب) ولكـــن الراجح، هو أنه يجب النظر لا إلى القاعدة القانونية المجردة وإنما إلـــى مجمـــوعة الوقائع القانونية التي تؤدي إلى منح الحماية القضائية، أي التي تـــؤدي إلـــى تطبيق القاعدة القانونية بواسطة القاضي. فالسبب الذي يحدد معالم دعـــوى معيـــنة لـــيس هو النص القانوني المجرد، ولكن العناصر أو الظروف الواقعية أساس الدعوى"(312).

---

(311) حول هذا الشرط، راجع تفصيلاً:

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٣.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، الموضع السابق.

د. عكاشة عبد العال، د. سامي منصور، الموضع السابق.

د. حفيظة الحداد، الموضع السابق.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٢.

وفي الفقه غير المصري:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، الموضع نفسه.

Cappelletti & Perillo, op, cit, p. 102.

(312) د. فتحي والي، المرجع السابق، ص ٨٨. وراجع أيضًا الدراسة القيمة التالية:

وفـــي ضوء ما تقدم، فمن الواجب أن تتحد الدعويان في السبب مفهومًا علـــى الوجه السابق. وقد قام القضاء الفرنسي بإعمال الشرط الماثل في بعض الأحكـــام الصادرة عنه[313]. ويدعو جانب من الفقه الفرنسي إلى توسيع مفهوم الســـبب حرصًـــا علـــى زيادة حالات الإحالة، وما يترتب على ذلك من عدالة واســـعة للخصـــوم علـــى المستوى الدولي[314] وقد اعتمد القضاء الفرنسي في بعـــض أحكامـــه، الاتجاه السابق[315]. وعلى العكس من ذلك، نرى – مع الفقه الـــراجح – وجـــوب الاحـــتفاظ للدفع بالإحالة بذاتيته وتميزه، كما أن الوصول للأهـــداف المرجوة من جانب أصحاب الاتجاه المنتقد، يمكن أن يتم عن طريق نظرية الارتباط، وبذلك نكون قد وفقنا في الحالين[316].

وحدة السبب بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص:

الشرط الماثل غير موجود في نطاق الشرط السالب للاختصاص، على الـــنحو الـــذي عرضناه آنفًا. حيث أن الأصل هو عدم وجود دعوى أخرى أمام محكمـــة دولة أجنبية حتى يمكن القول بتطابق أو عدم تطابق سببها مع الدعوى

د. عزمـــي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، دراسة تأصيلية متعمقة ومقارنة للاصطلاح الشـــائع سبب الدعوى في القانون الفرنسي والمصري والكويتي، ط أولى ١٩٨٧ الكويت، ص ٤٨ وما بعدها.

(313) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨٣.

R Crit dr. int, pr., 1978, p. 527.
Clunet, 1978, p. 306.
R. Crit dr. int. pr., 1975, p. 764.

(314) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨٥.

Fadlallah (I.), Note, R. Crit. Dr. int. pr.1977, p. 725, sous: Trib. G. Inst. Paris, 7 Juillet 1976.
Huet, Clunet, 1990, p. 127. et seq.

(315) د. محمد روبي، المرجع السابق، الموضع ذاته.

R. Crit. Dr. int, pr., 1977, p. 725, Note par Fadlallah.

(316) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٨٦.

د. أبو العلا النمر، الموضع السابق.

Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 102.

المطروحة على المحكمة الوطنية المعنية. وفي فروض استثنائية قد تكون هناك دعـوى أخـرى أمـام المحكمة الأجنبية، وحتى في هذا الفرض لا تلزم وحدة السـبب فـي الدعويين، فالشرط السالب واجب الإعمال في كل حال، ما دامت شروطه متوافرة. وعلى أثر ما تقدم، يتعين علينا الآن التصدي للشرط التالي.

الشرط الخامس: اختصاص المحكمتين المعنيتين: [317]

تجدر الإشارة إلى أن جانبًا من الفقه الفرنسي قد ذهب إلى عدم استلزام مـثل هـذا الشرط، وذلك على أساس كفاية وجود النزاع أمام المحكمة الأجنبية المعنـية، حتـى ولـو كانت الأخيرة غير مختصة بنظير النزاع المعني، وذلك بهـدف منع التعارض في الأحكام، وهو الأمر الذي قام الدفع بالإحالة من أجل تحقـيقه. ولكـن الـثابت أن قضاء النقض الفرنسي متواتر على وجوب انعقاد الاختصـاص القضـائي الدولـي للمحكمتـين معًـا لإمكـان الأخـذ بالدفع المعـروض[318]. بمـوجب هـذا الشرط، يجب أن ينعقد الاختصاص القضائي الدولـي للمحكمتين المعنيتين. فإذا لم يتوافر مثل هذا الأمر، لم يكن من الجائز إعمال الدفع محل الدراسة. ولكن ما هو القانون الذي يحدد اختصاص المحكمة الأجنبية المعنية، وهل هو قانون القاضي أم قانون المحكمة الأجنبية المعنية؟

---

(317) حول هذا الشرط راجع تفصيلاً:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٩٠.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٣.

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨٥.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٦٩.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٤.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٨٠.

وفي الفقه غير المصري:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

Cappelletti & Perrilo, p. 80.

(318) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٠.

Lucas, R. Crit dr. int. pr., 1972, p. 84. Cass. Civ 1/12/1969.
Huet, Clunet, 1975, 102.

ذهـــب اتجـــه أول فـــي الفقـــه الفرنسي إلى عقد الاختصاص بالمسألة المـــتقدمة لقانـــون القاضي الذي تم الدفع أمامه بالإحالة إلى محكمة أجنبية لقيام ذات النزاع أمامها[319].

ويذهب القانون العراقي نفس المذهب السابق، حيث تنص المادة ٧ من القانـــون رقـــم ١٩٢٨/٣٠ على أنه "تعتبر المحكمة الأجنبية ذات صلاحية إذا تحقق أحد الشروط الآتية: أ- كون الدعوى متعلقة بأموال منقولة أو غير منقولة كائنة في البلاد الأجنبية.

ب- كـــون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية أو كان يقصد تنفيذه هناك كله أو قسماً منه يتعلق به الحكم. ج- كون الدعوى ناشئة عن أعمال وقع كلهـــا أو جـــزء منها في البلاد الأجنبية. د- كون المحكوم عليه مقيماً في البلاد الأجنبـــية أو كـــان مشـــتغلاً بالتجارة فيها في التاريخ الذي أقيمت فيه الدعوى. هـــ- كـــون المحكوم عليه قد حضر في الدعوى باختياره. و- كون المحكوم علـــيه قـــد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه"[320]. ويذهب القانون

---

[319] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٩١.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٤٨ - ٣٤٩.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٠.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٧ - ٨٨.

وفي نقد هذا الاتجاه:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٤ - ٧٥.

وفي الفقه غير المصري، راجع تفصيلاً عرضاً لهذا الاتجاه.

Huet, Clunet, 1970, p. 707: Cass- Civ, Decembre 1969.

Bellet, La Jurisprudence du Tribunal de la seine en matière d'exequatur des Jugements estranges, Comité Fr. dr. int pr., 1962 – 1964, p. 251, Spec. p. 277ss.

[320] راجع في ذلك تفصيلاً: د. محمدوح عرموش، المرجع السابق، ص ٣١٩.

د. ممدوح حافظ المرجع السابق، ص ٤١٢ - ٤١٣

د. غالب الداوودي، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

الأردنـــي المـــذهب الســـابق ذاته[321]، حيث نصت المادة ٧/ب من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني على حق المحكمة الأردنية في رفض طلب التنفيذ "إذا كان المحكوم عليه لم يتعاطى أعماله داخل قضاء تشمله صلاحية المحكمة التي أصـــدرت الحكـــم أو لـــم يكـــن مقيماً داخل قضائها ولم يحضر باختياره أمام المحكمة ولم يعترف بصلاحيتها" فالثابت مما تقدم، أن القانون الأردني هو الذي يحـــدد الحالات التي تكون فيها المحكمة الأجنبية المعنية مختصة دولياً بإصدار الحكـــم المراد تنفيذه في الأردن. وعلى العكس مما تقدم يذهب الاتجاه في الفقه إلـــى أن قانـــون المحكمـــة الأجنبية المعنية هو المسئول عن تحديد اختصاصها الدولـــي[322]. وقـــد اعتـــنق القضـــاء الفرنسي الاتجاه محل العرض في بعض الأحكـــام الصـــادرة عـــنه[323]. ويذهب اتجاه ثالث إلى التوسط بين الاتجاهين

---

(321) د. غالب الداوودي، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

د. ممدوح موش، المرجع السابق، ص ٣١٨ وما بعدها.

د. حسن الهداوي، القانون ....، المرجع السابق، ص ٢٦٩.

مع ذلك قارن:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢:

"أن تكـــون المحكمـــة الأجنبية التي رفعت الدعوى أمامها أولاً مختصة، وهذا يفترض عدم تمتع المحاكم الأردنية باختصاص حصري.." وسوف نعود إلى مناقشة هذه المسألة لاحقاً.، راجع ما بعده.

(322) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٥.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ٣٤٩.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٤.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٠.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٥ – ٨٦.

د. محمد روبي، المرجع السابق – ص ٣٩٦ وما بعدها.

وفي الفقه غير المصري، راجع

Tallon, op. cit., p. 120 et seq.
Goldman, Clunet, 1964, p. 306.

(323) Batiffol (H.), R. crit dr. int, pr. Note, 1958, p. 389.
Ponsard, Clunet, 1958, p. 1016.
Tallon, op. cit, p. 116ss.

السابقين، حيث يتم الرجوع إلى قانون المحكمة الأجنبية المعنية كذا يتم الرجوع إلـــى القانون الوطني للقاضي في آن واحد[324]. ومفاد هذا الاتجاه وجوهره، أن "مـــناط الاعتراف بالاختصاص الأجنبي، هو مدى ما يتوافر بين النزاع والدولة التـــي فصـــلت فيه محاكمها فيه من روابط كافية لتبرير هذا الاختصاص... إن اختيار المحكمة الأجنبية لم يكن تعسفيًا ولا مصطنعًا ولا مبنيًا على غش"[325].

ويذهب جانب من الفقه المصري، إلى انتقاد الاتجاه السابق لنا عرضه الآن، وذلـــك علـــى أساس أن "فكرة الرابطة المميزة أو الوثيقة هي فكرة مرنة، وبالتالي فإن تقدير مدى توافر هذه الرابطة في القضية الواحدة قد تختلف بصدده

وفي مصر، راجع:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٩٧ – ٣٩٨. وفي نقد هذا الاتجاه، راجع تفصيلاً:

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٩٨.

Bellet, op. cit, p. 287.

(324) راجع في ذلك تفصيلاً:

Jacquet, Clunet, Note: Cour d'Appel de Paris: 25 Fév 1987, p. 435.
Huet, Clunet, Note:
Cour d'Appel de Paris 10 Novembre 1971, 1973, p. 239.
Loussouarn, R. Trims. Dr. Com., 1972, p. 239.

وفي مصر راجع تفصيلاً:

د. عكاشة عبد العال، المراجع السابق، ص ١٨٥.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٦ – ٨٧.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٧.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧١.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٠٠ وما بعدها.

(325) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٠١.

راجع أيضًا في تأييد هذا النظر:

د. حفيظة الحداد، الموضع السابق.

د. أحمد سلامة، الموضع السابق.

د. أبو العلا النمر، الموضع السابق.

Huet, Clunet, 1985, Note, Cass. Civ, 6 Fév, 1985, p. 460.

الأنظـــار مـــن محكمة إلى أخرى.. مما يترتب عليه أن هذه الفكرة لا تقدم حلاً فعـــالاً يلي مصالح الأفراد ويواكب تطورات المعاملات الدولية الخاصة"[326].

وفضـــلاً عمـــا تقدم، يرى الفقيه صاحب النقد السابق أن "هذا المعيار يتنافى مع المـــنطق القانونـــي، فتقرير القاضي الفرنسي أن القاضي الأجنبي غير مختص اختصاصـًــا مباشـــرًا، بحجـــة عدم توافر رابطة مميزة تبرر هذا الاختصاص، بالـــرغم مـــن أنه قد قرر أنه مختص بالفصل في النزاع... أو لازالت الدعوى قائمـــة أمامه إذا تعلق الأمر بالدفع بالإحالة يجعل القاضي الفرنسي بمنزلة جهة طعن لما يقرره القاضي الأجنبي بصدد اختصاصه، وهو ما لا يجوز"[327].

والـــثابت أن المـــادة ١/٢٩٨ مرافعات مصري، تذهب إلى جعل مناط تقديـــر الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية المعنية، هو قانون هذه المحكمة.[328] وقـــد ذهـــب بعض المشرعين العرب نفس المذهب السابق، من ذلك المادة ١/٤٠٧ من قانون المرافعات الليبي والتي تنص على "أن الحكم ... صادر من هيـــئة قضـــائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه"[329] كما تنص المادة ٣٠٨ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، على "أن الحكم صادر عن هيـــئة قضائية وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه..."[330] والقانون اليمني بدوره، يـــذهب فـــي ذات الاتجـــاه الســـابق[331]، حـــيث تنص المادة ٢٨٤ من قانون

---

(326) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٠٤.

(327) د. محمد روبي، الموضع السابق.

(328) حـــول المـــادة ٢٩٨ مـــرافعات مصـــري، راجع تفصيلاً: د. عنايت ثابت، خواطر وسوانح في معرض بيان مدى الاعتراف لحكم القضاء الأجنبي بآثاره في مصر، دار النهضة العربية، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥م، ص ١٠١ وما بعدها.

(329) د. محمد اللافي، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(330) د. محمد اللافي، المرجع السابق، ص ٢٧٨.

د. سالم الزوي، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

(331) د. محمد المؤيد، المرجع السابق، ص ١١٣.

المـــرافعات والتنفـيذ اليمني على أن "الحكم أو الأمر الصادر من هيئة قضائية مختصـــة"[332] كما أن القانون الكويتي يعتنق الاتجاه السابق ذاته، إعمالاً للمادة ٢٧٦ مـن قانون المرافعات الكويتي[333]. ومسلك المشرع المصري كان محلاً للتـرحيب مـن جانب فريق كبير من الفقه المصري، وذلك بخصوص الجزئية محـل الدراسة فقط[334]. وهذا ما يعنينا في المقام الماثل. ونعود ونذكر إلى ما ذهـب إلـيه الفقــه المصري، والذي عرضنا له من قبل، من إعطاء القاضي المصــري سلطة رفض تنفيذ الحكم الأجنبي المعني، رغم صدوره من محكمة مختصــة دولــياً وفقــا لقانون هذه الأخيرة، وذلك حال وجود غش نحو قواعد الاختصاص القضائي في الدولة المعنية[335].

اختصاص المحكمة الأجنبية بين الشرط السالب للاختصاص والدفع بالإحالة:

قلــنا فــي موضع متقدم من هذه الدراسة[336]، أنه حتى يقوم القاضي بإجابــة الخصــوم إلى طلبهم بسلب الاختصاص القضائي الدولي من المحكمة

---

(332) راجع مجموعة نصوص القانون المتقدم، المرجع السابق، ص ٧٣.

(333) د. أحمد السمدان، المرجع السابق، ص ٤٤٢.

د. حسن الهداوي، تنازع...، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(334) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٦٥٥ وما بعدها.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٠٧ وما بعدها.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٠ – ١٧١.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٤ – ٧٥

مع ذلك قارن:

د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٩٠٠.

راجع أوجه النقد الموجه لهذه المادة، د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٢٦١

(335) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٥.

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٧.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧١.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ٨٦.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٦٧٠.

(336) راجع ما قبله.

الوطنــية المعنــية، وذلــك لصالح محكمة أجنبية معنية، يراد عقد الاختصاص القضائي الدولي لها، فمن واجب هذا القاضي أن يتأكد من أن المحكمة الأجنبية المعنية مختصة دولياً بنظر المنازعة المعنية والمطروحة أمامه. فإذا كانت هذه المحكمــة غيــر مختصة دوليا بنظر هذه المنازعة، فمن واجب هذا القاضي أن يــرفض إعمــال الشــرط السالب للاختصاص، لأنه لو قام هذا القاضي جدلاً بأعمالــه، لانطــوى ســلوكه على إنكار واضح للعدالة؛ أو بعبارة أخرى، فإن إعمــال الشــرط السالب إنما يعني أن المحكمة الوطنية المدفوع أمامها بالشرط الماثــل، ســوف تصــبح غير مختصة، كما أن المحكمة الأجنبية والمراد عقد الاختصــاص لهــا، غير مختصة أيضاً، فكيف يتأتى للخصوم إزاء ذلك – أن يقومــوا بحسم منازعاتهم المعنية. كما قررنا في موضع متقدم من هذه الدراسة، أنــه فــي نطاق الشرط السالب للاختصاص، فمن الواجب أن تكون الصلة بين المحكمة المدفوع أماها بهذا الشرط والنزاع المعني صلة ضعيفة، وعلى العكس مــن ذلك، يجب أن تكون الصلة بين المحكمة المراد إحالة النزاع إليها والنزاع، قــوية بمــا يبرر منحها هذا الاختصاص، فحيث تكون هذه المحكمة أقدر على الفصــل فــي هــذا النزاع، فهي أجدر بنظره وحسمه. وهذا يعني انه لا يجوز إعمــال الشــرط السالب للاختصاص، كلما كانت الصلة بين المحكمة الأجنبية والنــزاع، ضــعيفة حيث تكون إحالة النزاع إلى مثل هذه المحكمة غير مبررة على الإطلاق، رغم أنها مختصة دولياً بنظر النزاع المعني. فالاختصاص، أمر غير كاف لإتمام عملية الإحالة المعنية، بل يجب أن تكون مصحوبة بأمر آخر، هو الرابطة الوثيقة بين المحكمة الأجنبية المعنية والنزاع محل الاعتبار. وعلى نحــو مــا تقــدم، نخلــص إلــى أننا بصدد شرط مشترك بين الشرط السالب للاختصاص والدفع بالإحالة.

الشرط السادس: إمكان تنفيذ الحكم الأجنبي في دولة القاضي: [337]

والشــرط الماثــل، محــل للخلاف، حيث يذهب اتجاه أول القول بعد الحاجــة إليه، مع عدم إمكان التحقق من توفره من الناحية العملية[338]. وعلى خلاف ما تقدم، يرى الاتجاه الراجح في مصر، وجوب الأخذ بهذا الشرط[339]، حــيث لا يتصــور أن تقوم المحكمة والوطنية المعنية بالتخلي عن اختصاصها وإحالة الخصوم إلى محكمة أجنبية معنية، وبعد صدور الحكم المرتقب من هذه

---

(337) حول هذا الشرط، راجع تفصيلاً:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٦.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٥١.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧١ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٦ – ١٨٧.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٠٣.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٠٩ وما بعدها.

وفي الفقه غير المصري:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

Lagarde (P.), R., Crit dr. int. pr., Note: Cour d'Appel de Paris, 3 Juin 1966., 1967, p. 734.

Cass. Civ, 26 Novembre 1974, R. Crit dr. int. pr., 1975, p. 491 et seq, 495 et seq.

Ancel, R. Crit. Dr. int. pr 1996, p. 127 Note, Cass. Civ, 15 Juin, 1994.

(338) من هذا الاتجاه:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٦.

د. أحد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٧.

Fadlallah, R. Crit. Dr. int. pr., 1977, Note, p. 734.

(339) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٢.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤١٣ وما بعدها، ٤١٥ وما بعدها.

وفي الفقه غير المصري:

د. محمد وليد المصري، الموضع السابق.

Batiffol. R. Crit dr. int. pr., Note, 1963, p. 103.

Level, Clunet, 1964, Note, p. 82.

المحكمــة، يعجز الخصم المحكوم له عن تنفيذ الحكم الأجنبي المعني، وذلك في دولة القاضي المحيل(340).

ومــن جانبــنا، نسلم بأوجه النقد التي قال بها الفريق الأول وذلك على الــنحو السابق عرضه، نظراً لسلامتها. ومن جانب آخر، نرى سلامة مضمون الاتجــاه الثانــي. ولا يمكن التوفيق بين الأمور المتقدمة، إلا عن طريق إعادة صــياغة الشرط محل العرض. وعلى هذا الأساس نرى أن عدم توفيق البعض فــي صياغة الشرط الماثل، هي التي أدت إلى النقد سالف الذكر، وهو نقد محق وفــي محله. ويمكن أن نتلاقى أوجه النقد المتقدمة عن طريق القول بأن الشرط محــل العــرض، يجــب أن يكون على النحو التالي [ألا يكون الخكم الأجنبي مستحيل التنفيذ في دولة القاضي المحيل. ومن جانبنا نرى أن مثل هذه الصياغة يمكــن أن تحقق الفائدة التي يدافع عنها أنصار الاتجاه الثاني. وفي نفس الوقت تتلاقــى أوجــه النقد الموجهة من أنصار الاتجاه الأول. وتجدر الإشارة إلى أن الحكــم الأجنبــي المــرتقب يكون مستحيلاً تنفيذه في دولة القاضي (مصر) في الحالتين الآتيتين:

أ- إذا كان الحكم متعلقاً بعقار موجود في مصر.

ب- إذا كــان الحكــم مــتعلقاً بإجــراء وقتــي أو تحفظي يراد تنفيذه في مصر.

ففــي الحالتــين المتقدمتــين سوف يكون النزاع المعني شديد الاتصال بالإقلــيم المصري، ومن ثم سوف تكون المحكمة المصرية هي الأقرب للنزاع، ومن ثم الأقدر على الفصل فيه، ولا تتصور ثمة إحالة في الفرضين المتقدمين، أمــا في غير الحالتين المتقدمتين، فلا يمكن القول باستحالة تنفيذ الحكم الأجنبي المعني في مصر. وسوف يقوم القاضي المصري بالتفرقة بين فرضين: الفرض

---

(340) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤١٤ – ٤١٥.
Holleaux, R. Crit. Dr. int. pr., Note, 1975, p. 500.

الأول وفــيه يكــون النزاع المعني شديد الصلة بالإقليم المصري، وهنا لن يقوم هــذا القاضـــي بالإحالة، رغم وجود النزاع أمام محكمة أجنبية معنية، لأنه لو أحـــال هذا النزاع جدلاً، وبعد صدور الحكم المعني، أراد المحكوم له تنفيذ هذا الحكــم في مصر، فلن يستطيع الأخير ذلك إطلاقاً لأن المحاكم المصرية كانت أجــدر بالفصـــل فيه. ومن ثم فلا يكون هناك ثمة محل للإحالة، نظراً لاستحالة تنفــيذ الحكم الأجنبي المرتقب. أما الفرض الثاني، فيتعلق الأمر فيه بنزاع شديد الصـــلة بالمحـــاكم الأجنبية المعنية، هنا سوف يقوم القاضي المصري بالإحالة، فإذا عاد المحكوم له وطلب تنفيذ الحكم المعني في مصر، هنا لن يكون هناك ثم مانـــع مـــن التنفيذ، لأن النزاع المعني كان عديم الصلة بالإقليم المصري، وقت الإحالة. إذن، ففكرة الرابطة الوثيقة، هي التي قامت بحل المشكلة الماثلة، وهذه الفكــرة كان قد سبق لنا استخدامها عند الحديث عن الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي[341].

<u>إمكـــان تنفـــيذ الحكـــم الأجنبـــي في دولة القاضي بين الشرط السالب والدفع بالإحالة:</u>

عندما عرضنا للشرط السالب للاختصاص، قلنا أن القاضي المصري، لا يحـــق لــــه إعمـــال الشرط السابق، إلا بعد التأكد من عدة شروط، من بينها الشـــرط الذي يفيد، وجوب قيام رابطة وثيقة بين النزاع المعني من ناحية أولى، والمحكمـــة الأجنبـــية المـــراد إحالة النزاع إليها من ناحية ثانية. مع انعدام أو ضعف الصلة بين الإقليم المصري والمنازعة المعنية[342]. والهدف المرجو من هـــذا الشـــرط، هـــو التحقق من عدم استحالة تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب في مصـــر، لأن انعـــدام أو ضـــعف الصلة بين النزاع المعني والمحكمة الأجنبية، المـــراد إحالـــة النـــزاع إليها، مع قوة هذه الصلة بالإقليم المصري، إنما يعني

(341) راجع ما قبله، الفصل الأول من هذه الدراسة.

(342) راجع ما قبله.

اســتحالة تنفــيذ هــذا الحكــم في مصر، نظراً لمخالفة هذا الحكم للمادة ٢٩٨ مرافعات مصري. وقلنا أنه لا يتصور بحال، أن يقوم القاضي المصري بإعمال الشــرط الســالب للاختصاص، في فرض، يتيقن فيه هذا القاضي، من استحالة تنفــيذ الحكم الأجنبي المرتقب في الإقليم المصري. والثابت مما تقدم، أن فكرة الــرابطة الوثــيقة، هي التي حددت لنا الحالات التي يجوز فيها إعمال الشرط الســالب للاختصاص، وتلك التي لا يجوز فيها إعمال مثل هذا الشرط. وبالمثل فقــد عدنا في المقام الماثل، إلى استخدام فكرة الرابطة الوثيقة من جديد، وذلك لتحديد مناط إعمال الدفع بالإحالة. فكلما كان النزاع المعني شديد الصلة بالإقليم المصــري، كــان إعمال الدفع بالإحالة غير ممكن إطلاقاً، نظرا لاستحالة تنفيذ الحكــم الأجنبــي المرتقب في مصر. وعلى العكس من ذلك، كلما كان النزاع المعنــي شديد الصلة بالمحكمة الأجنبية المعنية، كلما كان إعمال الدفع بالإحالة ممكــناً، نظــراً لعدم استحالة تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب في الإقليم المصري. خلاصــة ما تقدم، أن فكرة الرابطة الوثيقة هي أداة مشتركة وفعالة في مجالي: الشــرط الســالب للاختصــاص والدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبــية، حيث مكنتنا هذه الفكرة من تحديد نطاق أعمال كل من الشرط والدفع المعنيــين وذلــك على التفصيل السابق[343]. أشرنا في مواضع مختلفة من هذا

---

[343] ويذهب جانب من الفقه المصري - متأثرًا في ذلك بالفقه الفرنسي - إلى إلزام القاضي المصري بالتأكد من صحة الإجراءات المتبعة أمام المحكمة الأجنبية، كذا من بعض الشروط الأخرى والتي يلزم توافرها حتى يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب في مصر د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٢٤، ومــع احترامنا للجهد الكبير الذي بذله الفقيه المتقدم لتبرير مثل هذا الوضع، فإنه يستحيل إلزام القاضي المصري بمثل هذه الأوجه من الرقابة قبل الإحالة، وعلينا الانتظار لحين صدور الحكم الأجنبي المعني والــتقدم بطلــب تنفــيذه، وهنا سوف يمارس القاضي المصري المعني الرقابة المعنية وفقًا للمادة ٢٩٨ مرافعات. مع ذلك قارن:

د. عكاشــة عــبد العــال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٨٨ "فيما يتعلق بمسألة التأكد من صحة الإجــراءات القضــائية التــي تتم أمام القاضي الأجنبي، فإن مراقبتها لا تمضي دون إثارة بعض العناء

البحث إلى أوجه الشبة والخلاف بين الشرط السالب للاختصاص والدفع بالإحالة. يبقي علينا أن نشير إلى أوجه الخلاف التي لم نشر إليها من قبل.

بعض أوجه الخلاف بين الشرط السالب والدفع بالإحالة:

عند الحديث عن الشرط السالب، قلنا أنه يجب على القاضي المصري، وقبل إعمال هذا الشرط، أن يتحقق من توافر شروط صحة هذا الشرط من حيث توافر الرضا والمحل والسبب. كما قلنا أنه من الواجب على هذا القاضي أيضاً، أن يتثبت من انعدام الإذعان، فإذا كان أحد أطراف العقد المعني مذعناً للطرف الآخر، هنا لا يكون هذا الشرط صحيحاً، ومن ثم لا يجوز للقاضي المصري إعماله. وفي النهاية يجب أن يكون الخصوم متمتعين بالأهلية المناسبة[344]. والثابت أن هذه الشروط غير موجودة في نطاق الدفع بالإحالة. ومرجع الأمر، هو أن الشرط السالب هو اتفاق عقدي، وبهذه المثابة يجب أن يكون أطراف هذا العقد متمتعين بالأهلية القانونية اللازمة لإبرام العقد المعني، كما يجب أن تكون العناصر المختلفة لهذا العقد صحيحة، أي الرضا والمحل

بالنسبة للقاضي الوطني. وترجع هذه الصعوبة إلى أن الأمر يتعلق بمجرد إجراءات جارية لم تنته بعد ولا يمكن للقاضي في هذه اللحظة أن يراقب – وهذا بديهي – ما لم يتم بعد الإجراءات فما دوره في هذا الخصوص؟ نعتقد أنه ينبغي في هذه الحالة ترك الأمر للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فهو يستطيع بالنظر إلى كل حالة على حدة أن يقرر ما إذا كان ينبغي قبول الدفع بالإحالة من عدمه. فله أن يرفض الأخذ بالمبدأ مثلاً ان عن له أن الإجراءات تتم بطريقة تثير دخاناً من الشك حول مشروعيتها أو أن الحكم الذي سيصدر لن يكون ميسور النفاذ أو أن هناك تحايلاً على الاختصاص". ومن جانبنا – ومن احترامنا الكامل لما ذكره الفقيه المتقدم، نرى صعوبة التسليم بحق القاضي في المراقبة المعنية، لأن الأمور لم تنته بعد، والرأي المتقدم ذاته، يؤكد على هذا المعنى. ولا يسعنا تأييد الرأي السابق سوى في جزئية واحدة، وفيها يتعلق الأمر بعدم انعقاد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأجنبية على أساس سليم. هنا، وهنا فقط، يحق للقاضي المصري رفض الإحالة، وذلك نظرًا لعدم توافر أحد شروطها.

[344] د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٨١.

وراجع ما قبله، الفصل الأول من الباب الماثل.

والسـبب. وعـدم توافر أي عنصر من العناصر المتقدمة أو عدم صحته، إنما يجعـل هذا العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال حسب مقتضى الحال، ومن ثم لا يكون هـذا الأخيـر قادراً على إنتاج آثاره القانونية بوجه عام، والشرط السالب على وجـه الخصوص، أي أن الشرط السالب للاختصاص بوصفه شرطاً عقديا، لا ينـتج آثـاره إلا حـال صحة العقد الذي ورد فيه مثل هذا الشرط[345]. وعلى خلاف ما تقدم، فإن الدفع بالإحالة هو إجراء من إجراءات الخصومة القضائية، والإجـراء القضـائي يخـتلف عن العقد. وشروط صحة العقد، لا تنطبق على الإجـراء القضـائي. لأن العقد هو تصرف موضوعي، في حين أن الخصومة القضـائية، هي مجموعة من التصرفات الإجرائية. فالدفع بالإحالة هو تصرف إجرائـي، صحته وبطلانه، يخضعان لنظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي يحكم التصرفات الموضوعية ومنها الشرط السالب للاختصاص[346]. وبعد أن فـرغنا مـن تحديـد شـروط الدفع بالإحالة، يتعين علينا الآن بيان معاملته الإجرائية.

المعاملة الإجرائية للدفع بالإحالة: [347]

---

(345) Certoma, The Italian Legal System, London, Butterworths 1985, p. 355 – 6.
Freund (O.), Lévy (C.), Rudden (B.) A Source Book on French Law, Outlines of Contract, Second Ed., Oxford, 1979, p. 320.
Paris 5 Fév. 1910 Welter C. Michelin, Dalloz, 1913 – 2 – 1, Note par Valéry.

(346) حول العمل الإجرائي، راجع:

Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 154

(347) حول هذا الموضوع، راجع تفصيلاً:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٨.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٨.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٣.

يتعـــين علينـــا الآن الفصل في عدة أمور خلافية، ومنها الخصم الذي يحق له التمسك بهذا الدفع، المحكمة المختصة بتلقي هذا الدفع وقت إبداء الدفع، ســلطة القاضي عند الفصل في الدفع. وسوف نعرض الآن لما تقدم، بشيء من التفصيل:

<u>أولاً: الخصم الذي يحق له التمسك بالدفع:</u>

هل يحق للمدعي[348] في الدعوى المطروحة أمام القضاء المصري أن يتمسك بالدفع بالإحالة، أم أن ذلك أمر قاصر على المدعى عليه؟[349]، هل يحق للمحكمة أن تقوم بعملية الإحالة دون أن يتمسك أي خصم بالدفع محل العرض؟

يـــذهب جانب من الفقه المصري، إلى تخويل المدعي والمدعى عليه، حـــق التمســـك بالدفـــع بالإحالة؛ أو بعبارة أخرى " يجوز .. لكل من المدعي والمدعى عليه أن يتمسك بالدفع بالإحالة في مجال العلاقات الدولية على خلاف الوضع في مجال القانون الداخلي وفقاً لما يراه جانب من شراح المرافعات"[350].

ويـــرى جانـــب مـــن الفقـــه المصري تأييد الاتجاه السابق، مادام الثابت وجود مصـــلحة مشروعة لأي الخصمين في التمسك بالدفع السابق "إذ قد يكتشف بعد رفـــع دعواه أن التقاضي أمام قضاء الدولة التي رفع إليه دعواه سيستغرق وقتاً طويلاً أو قد يكلفه مصاريف باهظة"، كما أنه قد لا يتمكن من ترك الدعوى أمام

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٠٧.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٦ وما بعدها.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

Holleaux, Comité Française de droit int. pr., 1971 – 1973, p. 216.
Holleaux, R. Crit dr. int. pr., 1975, p. 501, Note.
Huet, Juris classeur, Fasc. 581 – 43, no 36 et seq.

(348) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 123.

(349) Cappelletti & Perillo, loc. Cit.

(350) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٣.

تلـــك المحكمة بسبب توقف قبول المحكمة لهذا الترك على موافقة المدعى عليه، ومـــن ثم فلا يكون أمامه من وسيلة سوى التمسك بقيام ذات النزاع أمام القضاء الأجنبي، مما يبرر تخويله مكنة التمسك بهذا الدفع[351].

فإننا نتفق مع المبدأ الذي أرساه الفقيه المتقدم في هذا الخصوص، ألا وهو وجود مصلحة مشروعة للخصم الذي يتمسك بالدفع بالإحالة، حتى يستطيع أن يتمسك به. ولكن كل التطبيقات التي أوردها الفقيه المتقدم لا تعتبر بأي حال، مـــن صور المصلحة المشروعة المعتبرة في خصوص الدفع بالإحالة في نطاق القانـــون الدولـــي الخـــاص. لأن الاعتبار الذي يقوم عليه مثل هذا الدفع هو أن المحكمة الأجنبية اقرب لعناصر النزاع، ومن ثم سوف تكون أقدر على الفصل فـــيه، ومن هذا المنطلق فهي الأجدر بحيازته وحسمه. فطول مدة التقاضي أمام المحكمـــة الوطنـــية والـــذي اكتشـــفه المدعي بعد أن رفع دعواه أمام المحكمة الوطنـــية، ليس من الأمور المبررة للدفع بالإحالة هنا، حيث أن هذا العيب ليس له أي أثر إيجابي على قدرة وفعالية المحكمة الأجنبية المراد إحالة النزاع إليها. فقد تكون المحكمة الأخيرة أكثر بطأ من المحكمة الوطنية المعنية، حيث يترتب علـــى ذلـــك زيـــادة العبء الملقى على المدعي، فقد ترك محكمة وطنية بطيئة وذهـــب إلـــى محكمـــة أجنبـــية اكثر بطأ. فبطء المحكمة الوطنية لا يفيد عقلاً وضـــرورة أن المحكمـــة الأجنبية ليست بطيئة أو سريعة في الفصل في النزاع المعنـــي. وعلـــى خـــلاف ذلك تتحقق المصلحة المشروعة إذا كانت المحكمة الأجنبية سريعة في الفصل في الخصومة المعنية، في حين أن المحكمة الوطنية بطيـــئة فـــي حسمها. كذلك فإن المصاريف الباهظة التي سوف يتحملها الخصم المعنـــي أمام المحكمة الوطنية، لا يعني على الإطلاق، حقه في الدفع بالإحالة، حـــيث قد تكون المصاريف التي سيتحملها هذا الخصم في الدولة الأجنبية أكثر،

---

(351) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٨.

وحتى إذا افترضنا أن المصاريف المقررة لدى هذه المحكمة اقل، فهذا لا يعني علـــى الإطلاق أن المحكمة الأجنبية هي الأجدر بالاختصاص. فالاعتبار المتقدم ليس مبرراً للإحالة الماثلة، حيث أنه ليس من الاعتبارات التي يقوم عليها الدفع محـــل الدراســـة. وكل ما تقدم من ملاحظات، لا ينفي سلامة نقطة البداية لدى الفقـــيه الماثـــل، وهـــو مدعو الآن إلى إعادة النظر في الأمثلة السابقة، ووضع أخرى أكثر اتفاقاً مع طبيعة الدفع محل الدراسة.

وإذا كـــان الـــثابت أن الفقهـــاء المتقدمين قد ذهبوا إلى تحويل المدعي والمدعـــى علـــيه حق الدفع بالإحالة، فإننا نؤكد سلامة الاتجاه المتقدم، ونضيف إلـــيه حـــق الخصم المدخل[352]، وحق المتدخل[353]، في التمسك بالدفع الماثل. فالمحكمـــة التي دفعت الفقه المتقدم لتقرير الحق الماثل للمدعي والمدعى عليه، تـــوجب علينـــا أيضاً تعدية هذا الحق إلى باقي أطراف الخصومة وهم الخصم المدخل والخصم المتدخل، ولا يجوز بحال حرمان المتقدمين من مثل هذا الحق. فقد لا يتمسك المدعي بالدفع الماثل، وقد لا يتمسك المدعى عليه بالدفع ذاته، هنا يحـــق للخصـــم المدخل أن يتمسك بهذا الدفع. وإذا سكت الثلاثة المتقدمون عن إبـــداء الدفـــع محـــل الاعتـــبار، يجـــوز للخصـــم المتدخل التمسك بهذا الدفع. **<u>ففـــي تقديـــرنا المتواضع</u>**، أن أطراف الخصومة السابقة هم على قدم المساواة إزاء حـــق التمســـك بهـــذا الدفع، ولا يجوز تقرير هذا الحق للبعض، وحرمان البعض الآخر منه. ومن المتصور أن يتعدد المدعون، ومن المتصور أن يتعدد المدعـــى عليهم، كذا في بعض الفروض يتعدد المدخلون كذا المتدخلون. في كل هذه الفروض، يحق لمجموع المدعين أو لبعضهم التمسك بالدفع الماثل. وإذا لم يحـــدث ذلـــك، فمن المتصور أن يتمسك بعض المدعين بالدفع الماثل، في حين يـــتقاعس البعض الآخر عن التمسك به. في مثل هذه الحالة الأخيرة يجب على

---

[352] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 125 ss.

[353] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 125 – 6.

المحكمة الوطنية المعنية بحث هذا الدفع بناء على تمسك البعض المعني، وعدم استلزام تمسك كافة المدعين به حتى تتصدى لبحثه وحسمه. وما صدق على المدعين يصدق أيضاً على باقي أطراف الخصومة من مدعى عليهم ومدخلين و متدخلين. فيستوي أن يتمسك بهذا الدفع البعض أو الكل.

حق القاضي في الإحالة من تلقاء نفسه:

يذهب جانب من الفقه المصري، إلى القول بعدم أحقية القاضي في الإحالة من تلقاء نفسه، بل يتعين عليه انتظار تمسك أحد الخصوم به حتى يقوم ببحثه والفصل فيه، وذلك رعاية لمصلحة الخصوم؛ أو بعبارة أخرى "إذا كان من الملائم تخويل طرفي النزاع حق التمسك بالدفع بالإحالة في الإطار الدولي، فإنه يبدو (لنا) من غير الملائم تخويل القاضي سلطة الأمر بالإحالة إلى المحكمة الأجنبية من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك أحد الطرفين بهذا الدفع. وهذا الرأي مجمع عليه في جميع النظم القانونية التي أقرت إعمال الدفع بالإحالة في الإطار الدولي. ولعل السبب وراء ذلك، فضلاً عن الصعوبات العملية التي تحول دون علم القاضي بقيام النزاع أمام محكمة أجنبية في حالة صمت الأطراف هو عدم توافر مساواة قانونية بين المحكمتين المرفوع إليهما النزاع، كما أن قبول هذا الدفع في الإطار الدولي تتغلب فيه اعتبارات حماية مصلحة الفرد. ومن ثم فلا يعقل أن يكون القاضي أحرص على هذه المصالح من أصحابها، الأمر الذي يوجب عدم إجازة إثارة القاضي لهذا الدفع من تلقاء نفسه"[354]. وعلى خلاف ما تقدم، يذهب الاتجاه الراجح في الفقه المصري – حسب تقديرنا المتواضع – إلى إعطاء القاضي المصري سلطة الإحالة دون حاجة لقيام الخصم بالتمسك بالدفع الماثل[355]. وقد ذهبت محكمة الإسكندرية

---

(354) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

(355) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٣.

د. أحمد قسمت الجداوي، الموضع السابق، ص

وحول التخلي بوجه عام، راجع:

التجارية المختلطة في حكمها الصادر بجلسة ١٩٢٢/١/٩ إلى الأخذ بنظرية الإحالة، وذلك إعمالاً لفكرة النظام العام[356]. ومن جانبنا نؤكد سلامة القضاء السابق، رغم العوار في التأسيس، والذي دفع جانباً من الفقه المصري – وبحق – إلى انتقاد حيثيات الحكم السابق؛ أو بعبارة أخرى "ومسلك هذا القضاء لم يكن يخلو بدوره من التناقض، فقد كان يعتبر قواعد الاختصاص القضائي للمحاكم المصرية من النظام العام، ويرى في الوقت نفسه أن الإحالة لسبق رفع الدعوى أمام محكمة أجنبية تمثل التزاماً على عاتق القاضي"[357] ومن جانبنا نسلم بسلامة النتيجة التي توصلت إليها المحكمة المتقدمة، وسلامة الحكم الصادر عنها، ولكن يمكن حمل هذا الحكم على فكرة الرابطة الوثيقة[358]، فقد رأت هذه المحكمة أن النزاع الماثل أمامها يرتبط بالإقليم المصري برابطة واهنة وضعيفة، في حين أن هذا النزاع إنما تربطه بالمحكمة الأجنبية المعنية رابطة وثيقة. وفضلاً عما تقدم، فإن اتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨ والخاصة بالاختصاص الدولي لمحاكم دول الجامعة الأوروبية وتنفيذ الأحكام فيما بينها، هذه الاتفاقية قد ألزمت المحكمة بالإحالة من تلقاء نفسها، ودونما حاجة لتمسك أحد الخصوم بالدفع المعني؛ وبيان ذلك أن المادة ٢١ من الاتفاقية السابقة، توجب على المحكمة التي تم رفع الدعوى أمامها في المرة الثانية أن تحكم تلقائيا بالتخلي عن نظر هذه الأخيرة (الدعوى الثانية) وذلك بحيث تستأثر المحكمة الأولى بنظر الدعوى المعنية. وقد حكمت محكمة استئناف باريس بتطبيق المادة المتقدمة في النزاع الماثل أمامها[359].

د. عكاشة عبد العال، الإجراءات، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(356) راجع ما قبله.

(357) د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٩.

(358) راجع ما قبله.

(359) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٥.

Cour d'Appel de Paris 16 Juin 1976, R. Crit dr. int. pr. 1978, p. 374, Note par Lagarde.

ومــن جانبنا، نرى أن الاتجاه الأخير هو الجدير بالتأييد، حيث الثابت أن الأمــر يــتعلق بمصلحة عامة، هي الحفاظ على هيبة القضاء المصري وما يصدر عنه من أحكام، وحتى لا تتحول الأخيرة إلى "قصاصات من الورق" كما يرى جانب من الفقه المصري، وفي بصيرة نافذة[360]. ولا حجية لإجماع النظم القانونــية المختلفة على الأخذ بالاتجاه الأول، كما يرى صاحب الاتجاه الأول، خاصــة أن – ســيادته – لم يبين لنا ماهية هذا الإجماع أي الدول المختلفة التي اعتنقت مثل هذا الاتجاه. وحتى إذا افترضنا جدلاً وجود مثل هذا الإجماع، فإن ذلــك لا يحول دون توجيه النقد الجارح لمثل هذا الاتجاه حال وجوده. وأساس هذا النقد أن الأخذ به يؤدي إلى ضياع الحكمة الكاملة للدفع بالإحالة ذاته، فكيف نــنادي بهــذا الدفع، بمثل هذا الحماس المنقطع النظير، ثم نعود بعد ذلك ونعلق إعمال هذا الدفع على إرادة الخصوم ونمنع القاضي الوطني من إعماله بدعوى أن الأمر يتعلق بالمصالح الخاصة بالخصوم وهم أدرى بها من القاضي المعني. فالقاضــي هو الأحرص على المصلحة العامة من الخصوم، ومن ثم فيجب أن نخــوله حقــاً كــاملاً غير منقوص في الحكم بالإحالة تلقائياً، ودون توقف على إرادة الخصــوم، بحسبان أن المصلحة العامة تعلو على المصلحة الخاصة دون مــراء. ومن هذا المنطلق نرفض وبشدة، الاتجاهات الفقهية التي تروج للاتجاه الأول فــي مصر، وتدعو للأخذ به، وذلك على أساس أن القاضي المصري لا يستطيع أن يعمل مثل هذا الدفع في النطاق الداخلي من تلقاء نفسه ودونما حاجة إلــى تمســك الخصــوم به، وأنه من باب أولى لا يستطيع أن يعمله تلقائياً في المجــال الدولــي؛ أو بعــبارة أخرى "هذا الحل هو الذي يجب أن يؤخذ به في القانون المصري، لاسيما أن القاضي المصري لا يملك هذا الأمر على الصعيد الداخلــي، فليس له إثارة الدفع بالإحالة من تلقاء نفسه لصالح قاضي آخر داخل

---

[360] د. أحمد قسمت الجداوي، راجع ما قبله.

الـنظام القانوني في حالة صمت الأطراف مما يجعل القول بذلك على الصعيد الدولي يأتي من باب أولى"[361].

ومـن جانبـنا نرى أن القول المتقدم يمكن إجابته، بأن عدم الإحالة في المجال الداخلـي لـيس مـن شأنه إهدار مصلحة عامة نظراً لانتماء المحكمتين لدولة واحـدة، وسـوف يتم في نهاية المطاف ترجيح أحد الحكمين بواسطة المحكمة العليا في الدولة المعنية. في حين أن عدم الأخذ بالإحالة في المجال الدولي إنما يـؤدي إلـى إهـدار مصلحة عامة دون مراء، حيث سيكون الحكمان المعنيان عديمـي القيمة من الناحية الفعلية، وذلك نظراً لعدم إمكان تنفيذ أي منهما. ومن ثم لا يمكن إعمال قاعدة قياس الأولى في هذا المقام. بقي علينا أن نشير إلى أن عـدم علـم القاضـي الوطني بوجود نزاع نظير لدى المحكمة الأجنبية المعنية سوف يحول دون قيام هذا القاضي بأعمال الإحالة[362]. وهذا ما نسلم به. ونفس الأمـر قد يحدث في المنازعات الوطنية، كذا في المنازعات الدولية. ولكن في ظروف أخرى، يكون القاضي عالماً بوجود منازعة أخرى نظيرة مطروحة أمام قضـاء أجنبـي، هـنا لا نسـتطيع حرمانه من حق إحالة النزاع إلى المحكمة الأجنبـية المعنية بدعوى عدم قيام ذات القاضي بالإحالة في الحالات التي كان يجهل فيها وجود النزاع النظير في الخارج. فهذا القول غير مقبول. ففي الحالة التـي يجهل فيها القاضي وجود النزاع النظير أمام محكمة أجنبية، فهو معذور حينما لم يقم بالإحالة، وكيف يتأتى له العلم بالنزاع الأجنبي. أما في الحالة التي يعلـم فيها بوجود مثل هذا النزاع والماثل أمام محكمة أجنبية، فهو غير معذور حـال عـدم قـيامه بالإحالة، وذلك نظراً لعلمه اليقيني بوجود نزاع نظير أمام محكمـة أجنبـية. إذن لا يمكن قياس الحالة الأخيرة على الحالة الأولى بحال،

---

(361) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

(362) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

نظـــراً لعدم تطابق المقيس والمقيس عليه. فلكل ما تقدم، ندعو أصحاب الاتجاه السابق إلى إعادة النظر في رأيهم المتقدم حتى يحققوا الأهداف الكاملة من الدفع بالإحالـــة. فأصحاب الرأي المنتقد هم من أنصار الإحالة وليسوا من خصومها، فكـــيف يتأتـــى لهم بعد ذلك، الدعوة إلى منع نظرية الإحالة من تحقيق أهدافها كاملة غير منقوصة.

<u>حق الخصوم و سلطة القاضي بين الدفع بالإحالة والشرط للاختصاص</u>

فـــي نطـــاق الشـــرط السالب للاختصاص يحق لكل من المدعي[363]، والمدعي عليه[364]، التمسك بالشرط السالب للاختصاص، باعتبار أنهما أطراف العقـــد الـــذي حـــوى مثل هذا الشرط. أما في نطاق الدفع بالإحالة، فقد قلنا أن للمتقدمين الحق السابق، وفضلا عن ذلك، فقد انتهينا إلى مد الحق المعنى كذلك إلـــى الخصـــم المـــدخل[365]، والمـــتدخل[366]، وذلك باعتبارهما من أطراف الخصـــومة وذلك حال وجودها وعلى هذا الأساس، يبين لنا الفارق بين الأمرين الســـابقين. مرجع هذا الخلاف، كما بينا في موضوع سابق من هذه الدراسة، أن الشـــرط الســـالب هو تصرف موضوعي، في حين أن الدفع بالإحالة هي عمل إجرائي[367]. فالشرط السالب يستفيد منه أطرافه أي المدعي والمدعى عليه وهم أيضا أطراف العقد الذي حوى مثل هذا الشرط في غالب الأحوال. في حين، أن الدفع بالإحالة هو عمل إجرائي، يحق لكل أطراف الخصومة الإفادة منه، بحيث لا يقتصـــر الأمـــر على المدعي والمدعى عليه فقط. وهكذا يبين لنا الفارق بين الأمـــرين المتقدمين. وفي نطاق الشرط السالب للاختصاص من واجب القاضي

---

(363) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 123.

(364) Cappelletti & Perillo, loc. cit.

(365) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 125.

(366) Cappelletti & Perillo, loc. cit.

(367) راجع ما قبله.

إعمـــال هـــذا الشرط، وذلك إذا ما تحققت كافة شروطه، على النحو الذي بيناه آنفـــا[368]، متى تمسك أحد الخصوم به، وهذا ما يحدث في غالب الأحوال، أما إذا لـــم يتمســـك أي خصــــم بمثل هذا الشرط، هنا لا يحق لهذا القاضي إعمال الأخير تلقائيا، لأن أطرافه قد قاموا بالتنازل عنه ضمنا، كما هو حال في شرط التحكيم. فالقاضي لا يستطيع أعمال شرط التحكيم من تلقاء نفسه، إذا لم يتمسك الخصـــوم، بل يتعين على الخصم صاحب المصلحة التمسك بهذا الشرط، حتى يقـــوم القاضـــي بأعمالـــه، أمـــا في حالة سكوت الخصمين عن التمسك بشرط التحكـــيم، فـــإن القاضي لا يستطيع أن يعمله من تلقاء نفسه. نفس الأمر هنا، لا يســـتطيع القـ ضـــي أعمـــال الشرط السالب للاختصاص تلقائيا، بل يتعين عليه انـــتظار تمسك أحد الخصوم به، وفي حال انتفاء ذلك، فيجب على هذا القاضي المضـــي فـــي نظر الدعوى الماثلة أمامه. لأن عدم تمسك الخصم بالشرط، إنما يفـــيد ذلـــك التنازل عن مثل هذا الشرط، بما يعني زواله. كل ذلك عن الشرط السالب للاختصاص. أما في نطاق الدفع بالإحالة فقد انتهينا منذ قليل إلى تقرير حق القاضي في الإحالة تلقائيا، دون انتظار لطلب الخصوم.

المحكمة التي يجب إبداء الدفع أمامها: [369]

---

(368) راجع ما قبله.

(369) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.

د. أحد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٨.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٣ – ١٧٤.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١٢.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

Huet, Juris Class. Op. cit, no 29.

يذهب اتجاه أول إلى أن الدفع بالإحالة، يجب أن يتم التمسك به أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيرا. وهذا الحل اعتنقته المادة ٢١ من اتفاقية بروكسل على النحو السالف بيانه. وهذا الحل يجد أساسه في النظم القانونية الداخلية والتي قامت قواعدها باعتماده. وقانون المحكمة المعنية هو الذي يحدد لنا الوقت الذي تعتبر فيه الدعوى المعنية مرفوعة[370]. ويقدر البعض موضوعية الضابط الماثل وسهولة أعماله[371]. ويعيب الاتجاه المتقدم، أنه يؤدي إلى الغش، حيث يستفيد من سارع إلى رفع الدعوى المعنية أمام محكمة معينة، حيث يترتب على ذلك عقد الاختصاص لها، لأن الدعوى الثانية سوف تحال إليها، أعمالاً للمعيار المتقدم[372]. وعلى العكس ما تقدم، فإن الاتجاه الأصح هو عدم التقيد بالمعيار السابق، فمن المتصور أن تتم الإحالة من المحكمة التي رفع إليها النزاع ثانيا إلى المحكمة التي رفع إليها النزاع أولا. كذلك من المتصور أن يحدث العكس وان تتم الإحالة من المحكمة التي رفع إليها النزاع أولا إلى المحكمة التي رفع إليها النزاع ثانيا[373]. ولكن ثار التساؤل إزاء ذلك – عن تحديد المحكمة التي يجب أن تقوم بالإحالة. فيذهب اتجاه أول، إلى المناداة بإبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي قطعت شوطاً قصيراً في تجهيز عناصر الدعوى، وعلى هذا لا يجوز التمسك بالدفع أمام المحكمة التي قطعت شوطا طويلا في تجهيز الدعوى المعينة[374]. ويرى جانب

---

(370) راجع المراجع الواردة في الهامش السابق جميعًا.

(371) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦١ والمراجع المشار إليها في الهامش.

(372) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦١.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٤.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، الموضع ذاته.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١٤.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٤٩.

(373) راجع المراجع المذكورة في الهامش السابق، جميعًا.

(374) د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦١ – ٣٦٢.

مـــن الفقه المصري "أنه بالرغم من وجاهة الاعتبارات التي يسعى إلى تحقيقها إلا أنه يؤخذ على هذا المعيار.. أن مقدر ما قطعته المحكمة في تحقيق الدعوى يصلح معياراً للتفاضل بين محكمتين داخل النظام القانوني الواحد، حيث تتوافر مســـاواة قانونية بينهما أو في إطار معاهدة دولية تقرر تلك المساواة بين محاكم الـــدول المـــتعاقدة، أما بصدد أعمال الدفع في الإطار الدولي بمقتضى القواعد العامــــة فـــيجب أن تغلب فيه اعتبارات الملائمة ودواعي المرونة ومبدأ الفعالية الدولـــية للأحكـــام علـــى مقدار ما قطعته المحكمة في تحقيق الدعوى، ذلك أن اعـــتماد هذا المعيار يمكن أن يجعل قبول الدفع متوقفا على مقدار نشاط الخصم أو مهـــارة محامـــيه"[375]. وإزاء ما تقدم، يذهب جانب من الفقه المصري، إلى اقتراح معيار أو ضابط آخر، ومقتضى هذا الضابط هو مدى إمكان تنفيذ الحكم الصـــادر مـــن المحكمـــة الأجنبـــية أمام القاضي الوطني، فإذا كان تنفيذ الحكم الأجنبـــي المرتقب واردا، هنا تتم الإحالة، وعلى العكس من ذلك، إذا كان تنفيذ الحكم الأجنبي المرتقب غير وارد، هنا لن تتم الإحالة، أو بعبارة أخرى "تفضل أن يكون المعيار.. هو نفس المعيار الذي أيدنا الأخذ به بصدد الشرط الرابع من شـــروط الدفـــع بالإحالة، أي مدى قابلية الحكم الذي ستصدره المحكمة الأجنبية للاعتـــراف بـــه وتنفيذه في دولة القاضي الوطني، فإذا ما رجح هذا الأمر لدى القاضـــي الوطني كان له قبول الدفع بالإحالة حتى ولو كانت الدعوى قد رفعت إلـــيه أولاً وبـــناء على ذلك يجوز للمحكمة التي قطعت شوطا كبيرا في تحقيق الدعـــوى أن تتخلـــى لصـــالح المحكمـــة الأجنبية متى رجح لديها أن حكم هذه الأخيـــرة سيكون قابلا لأن يعترف به، كما يجب على المحكمة التي يثار أمامها هـــذا الدفـــع أن تقرر عدم قبوله متى رجح لديها أن الحكم المحتمل صدوره من

راجع أيضًا: د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١٦.

[375] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥١. راجع أيضًا:

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٤.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١٨.

المحكمـــة الأجنبـــية لن يكون قابلاً للاعتراف به في دولتها، حتى لو كانت تلك المحكمـــة الأخيـــرة قـــد قطعت شرطا كبيرا في تحقيق الدعوى وشارفت على الانتهاء منها.[376]

ومن جانبنا، نرى أن الفقيه المعروض رأيه، يعود إلى استعمال الشرط الـــرابع من شروط الإحالة في الموضوع الماثل الجديد، أي أنه يكرر استعماله. ونحـــن نســـلم بأن الشرط المتقدم لازم الإعمال، ولكن في موضعه المتقدم. أما العودة إلى استعماله هنا، فإنما يوضح أن صاحبه لم يأت بأي جديد في الموضع الماثـــل، ولا يجـــوز بحال استعمال الضابط السابق مرتين، وعلى هذا الأساس، ننتهـــي مع الفقه الراجح إلى القول بوجوب الإحالة إلى المحكمة الأقرب للنزاع ومـــن ثـــم الأقـــدر على الفصل فيه، حتى لو تم رفع الدعوى إلى هذه المحكمة أخيـــراً، لأن القاعـــدة المعمـــول بها في نطاق القانون الداخلي والتي توجب أن تكـــون الإحالة إلي المحكمة التي رفع إليها النزاع أولاً غير ملزمة لنا في مجال العلاقات الدولية[377].

المحكمـــة التـــي يجـــب إبداء الدفع أمامها بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص:

الـــثابت أنه في نطاق الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي، يتم التمســـك بالشرط السابق وذلك أمام المحكمة المراد سلب اختصاصها. ولا يثير

---

(376) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥١.

(377) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٧٩.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٤.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١٦.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٨.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

Lagarde, Le Principe de Proximité, op. cit, p. 155.
Bellet, Comité, 1971 – 1973, p. 224.

الأمـــر، أيـــة مشكلة في هذا الخصوص أما في نطاق الدفع بالإحالة، فقد رأينا الاتجاهـــات الفقهـــية المختلفة، التي تحاول أن تحدد المحكمة التي يكون التمسك بالدفـــع بالإحالة أمامها. واختلاف الأمر في الحالتين المتقدمتين، إنما يرجع إلى اخـــتلاف طبـــيعة وهـــدف كـــل من الدفع بالإحالة من ناحية والشرط السالب للاختصـــاص مـــن ناحية أخرى. فالشرط إنما يهدف إلى سلب الاختصاص من محكمة معينة، ومنحه إلى محكمة أخرى. في حين أنه في نطاق الدفع بالإحالة، فـــإن الهدف هو تحديد المحكمة الأجدر بحيازة النزاع تمهيداً لحسمه. ومن هذا المـــنطلق، لـــم يثـــر أي خلاف حول تحديد المحكمة المعنية بخصوص الشرط الســـالب للاختصـــاص، وعلـــى العكس من ذلك، ثارت مشكلة تحديد المحكمة المعنية، وذلك بخصوص الدفع بالإحالة، حيث توجد محكمتان معروض عليهما ذات النـــزاع، فـــي حين أنه في نطاق الشرط السالب، توجد محكمة وحيدة في غالب الأحوال.

<u>وقت إبداء الدفع بالإحالة:</u>

يذهب اتجاه أول في الفقه المصري إلى وجوب التمسك بالدفع بالإحالة قـــبل التكلم في الموضوع كما هو الحال في القانون الداخلي، وذلك منعاً للتحايل والإضرار بالخصم الآخر؛ أو بعبارة أخرى "تحبذ التمسك بهذا الدفع قبل الكلام فـــي الموضـــوع باعتباره مقرراً في الأساس مراعاة لمصلحة خاصة، ومن ثم يتعـــين على صاحب الشأن التمسك به قبل التكلم في الموضوع، وفي الواقع أن حســـن النية في مجال التقاضي يفرض على الخصم ضرورة التمسك بهذا الدفع في وقت مبكر إذا كانت النية متوافرة للتمسك به توفيراً للوقت والجهد والنفقات وباعتـــبار أنه لا يتعلق بالنظام العام"[378]. ويذهب اتجاه ثاني في الفقه المصري

([378]) د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١٠ – ١١١.

د. ماهـــر الســـداوي، الدفـــع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، كلية الحقوق – جامعة المنصورة، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، البحث رقم ١٥، ١٩٨٣، ص ٢٩١.

إلــى إمكان إبداء الدفع المتقدم في وقت، أثناء سير الخصومة، حتى بعد التمسك بالدفــع بعدم القبول لأي سبب من الأسباب[379]. وعلى هذا النحو يختلف الحكم هــنا عــن النطاق الداخلي في بعض النظم والذي يوجب أن يتم التمسك بالدفع المعنــي قــبل الكــلام في الموضوع، وقبل إبداء الدفع بعدم القبول. فمقتضيات الحــياة الدولــية الخاصة، إنما توجب علينا الإفادة من هذا الدفع بطريقة أوفى. ومــن شان ذلك تحقيق مصلحة عامة وليست مصلحة خاصة كما اعتقد البعض[380]، وبــيان ذلــك أن الــتعارض الدولي للأحكام هو ظاهرة جد خطيرة، لعدم وجــود محكمــة علــيا تقوم بمهمة فض مثل هذا التعارض، وذلك على خلاف الحــال في النطاق الداخلي، حيث توجد مثل هذه المحكمة الأمر الذي يؤدي إلى القضــاء علــى مضــار هــذه الظاهرة إلى حد كبير. ويذهب جانب من الفقه المصري إلى تأييد الاتجاه الأخير "إذ لما كانت طبيعة العلاقات الدولية الخاصة تخــتلف فــي معطياتها وأهدافها ونتائجها عن تلك التي تقع داخل نظام قانوني واحد، فإن الحل المقرر في القانون الداخلي لا يكون ملائما في جميع الأحوال. وبصــدد الفرض المثار قد تبدو لأحد الخصوم مصلحة مشروعة في إثارة هذا الدفع بعد تعرض المحكمة لموضوع الدعوى – خاصة وأن الرأي المستقر عليه فقها وقضاء وتشريعا يحظر على القاضي إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه – مما يعنــي أن عــدم إعطاء الأطراف مكنة إثارة هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى سيكون من شأنه الإفضاء إلى حدوث تنازع في الإجراءات وتناقض في الأحكام، وهي المضار التي يسعى هذا الدفع إلى تلافيها"[381].

وفي الفقه الأردني راجع: د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

(379) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٥.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٢.

(380) د. أبو العلا النمر، الموضع السابق.

(381) د. محمد روبي، الموضع السابق.

ومن جانبنا فقد رفضنا الجزئية الواردة في الاتجاه المتقدم والتي تمنع القاضي من الإحالة من تلقاء نفسه ودونما حاجة إلى تمسك الخصوم بذلك[382]. وفضلاً عما تقدم، فإننا نتحفظ على ما أورده البعض من أنه "إذا تمسك أحد الخصوم بالدفع بالإحالة بعد التعرض للموضوع، وتبين للقاضي أن هذا الخصم قد أخر التمسك بهذا الدفع بقصد الإضرار بخصمه وإطالة أمد النزاع وجب عليه أن يقضي بعدم قبول الدفع بالإحالة"[383]. ونحن نرى عدم سلامة الاتجاه المتقدم، فمسألة حسن النية أو سوء النية يجب ألا تكون محلاً للاعتبار هنا، وإنما يجب حسم الموضوع، في ضوء مدى قدرة المحكمة الوطنية أو الأجنبية على حسم النزاع المعني. ونوضح ذلك بالآتي: نفترض أن الخصم المعني كان سيئ النية وأجل التمسك بهذا الدفع إلى ما بعد الكلام في الموضوع بهدف الإضرار بخصمه، وبعد ذلك تمسك بهذا الدفع، هنا يتعين على المحكمة المصرية الفصل في هذا الدفع، فإذا وجدت أن المحكمة الأجنبية هي الأقرب للنزاع وهي الأقدر على الفصل فيه، هنا يتعين على المحكمة المتقدمة أن تحيل النزاع إلى المحكمة الأجنبية، رغم تيقن هذه المحكمة من أن الخصم المتمسك بالدفع الماثل، كان سيئ النية حيث تأخر في التمسك بالدفع إضراراً بخصمه، ولا يجوز بحال أن تقوم هذه المحكمة برفض إجابة الدافع، وذلك على أساس سوء نيته، كما ذهب إلى ذلك صاحب الرأي المنتقد، لأن الجزاء المفروض توقيعه على هذا الخصم، ليس هو رفض الدفع، بل يكون هذا الجزاء هو التزامه بتعويض خصمه عن الأضرار التي أصابته من جراء التأخر في التمسك بالدفع، ويكون ذلك من خلال القواعد المنظمة لإساءة استعمال حق التقاضي. فالحل الذي نقول به هو الحل الأفضل، حيث يقر العقوبة المناسبة للخطأ الماثل.

(382) راجع ما قبله.

(383) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٣.

فجزاء التأخر في التمسك بالدفع بالإحالة هو حق التعويض عن الضرر المعني، وليس الحرمان من الإحالة، كما ذهب إلى ذلك صاحب الرأي المنتقد. لأن مثل هذا الحرمان إنما يؤدي إلى تضييع مصلحة عامة مرعية، وذلك لتحقيق مصلحة خاصة اقل شأناً من المصلحة العامة دون مراء.

ويجوز التمسك بالدفع الماثل أمام محكمة أول درجة، وهذا الأمر مسلم بـــه لـــدى الجميع[384]. ونضيف إلى ما تقدم، إمكان التمسك بالدفع المتقدم، أمام المحكمة المتقدمة، وذلك في حال المعارضة. لأن المعارضة إنما هي طريق من طـــرق طعـــن يؤدي إلى إعادة نظر الدعوى أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكـــم المعني[385]. وفضلاً عما تقدم، يجوز التمسك بالدفع الماثل، وذلك أمام المحكمة التي تنظر اعتراض "الخارج عن الخصومة" وذلك في الدول التي تأخذ بهذا الطريق من طرق الطعن[386]. ففي جميع الأحوال المتقدمة، نحن أمام دفع يـــبدى أمـــام محكمـــة أول درجة، والدعوى مطروحة عليها. ولكن في بعض الفـــروض قـــد تكـــون الدعوى مشطوبة[387]، هنا انتهينا إلى تأييد الرأي القائل بوجـــوب تمكـــين الخصـــم المعني من تجديد الدعوى من الشطب حتى تتاح له فرصـــة التمسك بهذا الدفع[388]. ومن المتصور أيضاً أن تكون الدعوى المعنية موقـــوفة[389]، وقـــد انتهينا في موضع متقدم من هذه الدراسة إلى تأييد الاتجاه القائـــل بوجـــوب مـــنح الخصـــم المعني فرصة تعجيل الدعوى المتقدمة، حتى

---

(384) راجع ما قبله، جميع المراجع الواردة في الهوامش سالفة الذكر.

(385) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 285.

(386) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 293.

(387) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 297 ss.

(388) راجـــع مـــا قبله، وراجع أيضًا الاتجاهات المعاكسة لما انتهينا إليه مع الفقه الراجح وفقًا لتقديرنا المتواضع.

(389) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 304 ss.

يستطيع أن يبدي الدفع المعني بعد تمام عملية التعجيل[390]. وفي فروض أخرى قــد تكون الدعوى المعنية في حالة انقطاع[391]، هنا أيضاً، أكدنا سلامة الرأي الــراجح فــي الفقه المصري، والذي ذهب إلى وجوب منح الخصم المعني حق اســتئناف ســير الخصومة، حتى يتمكن من التمسك بالدفع الماثل[392]. أما في حالــة تــرك الخصومة[393]، فإن محكمة أول درجة تنقطع صلتها بالنزاع ولا يجــوز بحــال استئناف سير الخصومة أمامها، الأمر الذي يحول دون التمسك بالدفــع المعنــي[394]. يبقى التساؤل حول مدى إمكان التمسك بالدفع الماثل أمام محكمــة الاســتئناف؟ فــي نطــاق القانون الفرنسي الداخلي، لا يجوز التمسك بالإحالة أمام محكمة الاستئناف لأول مرة وذلك حال الحضور أمام محكمة أول درجة، ولكن يجوز التمسك بالإحالة أمام محكمة الاستئناف، حال عدم الحضور أمام محكمة أول درجة، ولا تجوز إثارة الدفع، أمام محكمة النقض، لأول مرة[395]. ويــذهب جانــب من الفقه البمصري، إلى عدم جواز التمسك بالدفع الماثل لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، كذا الحال بالنسبة لمحكمة النقض[396].

ومن جانبنا، نرى وعلى عكس ما تقدم، إمكان التمسك بالإحالة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية المصرية، سواء أكانت هذه المحكمة هي المحكمة الابتدائــية مــنعقدة بهيــئة اســتئنافية[397]، أو كانت هذه المحكمة هي محكمة

---

(390) راجع ما قبله، وراجع كذلك الاتجاهات المعاكسة.

(391) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 308 ss.

(392) راجع ما قبله، وراجع أيضًا الاتجاهات المعاكسة.

(393) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 312.

(394) د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٣٧٢ – ٣٧٣.

(395) د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(396) د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١١١.

(397) حول خصومة الاستئناف، راجع بوجه عام:

Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 263 ss.

الاســتئناف العالـــي. كذا يجوز التمسك بالإحالة لأول مرة أمام محكمة النقض المصـــرية[398]. ومن شأن النظر المتقدم، تحقيق أهداف وغايات الدفع بالإحالة لأقصى درجة ممكنة. ولا توجد ثمة نصوص في القانون المصري، تحول دون الأخـــذ بالنظر المتقدم، والاعتبارات التي يقوم عليها الحظر المعنى في القانون الداخلي، غير متوافر في مجال العلاقات الخاصة الدولية.

مقارنة بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص

الثابت أن الدفع بالإحالة يجوز إبداؤه في أية حالة كانت عليها الدعوى، علـــى الـــنحو الـــذي انتهيـــنا إلـــيه آنفـــاً. ونفس الأمر بالنسبة للشرط السالب للاختصـــاص، حيث لا يوجد ما يمنع من التمسك بهذا الشرط في أي وقت من الأوقـــات، ما دام الثابت أن الخصومة قائمة أمام المحكمة الوطنية المعنية. ومن هـــذا المنطلق؛ يجوز التمسك بهذا الشرط أمام محكمة أول درجة[399]، ويكون ذلك جائزاً قبل الكلام في الموضوع، كذا بعد الكلام في الموضوع وبعد التمسك بالدفـــع بعـــدم القبول. كما يجوز أيضًا التمسك بهذا الشرط أمام ذات المحكمة، وهـــي تنظـــر المعارضـــة في الحكم الغيابي، ويكون ذلك جائزًا قبل الكلام في الموضـــوع، كذا بعد الكلام في الموضوع[400]. كما يجوز التمسك بهذا الشرط لأول مـــرة أمـــام المحاكم الاستئنافية[401]، أيا ما كانت هذه المحكمة. فقد تكون الأخيـــرة هي المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة استئنافية، وقد تكون، هي محكمة الاستئناف العالي. ولكن لا يجوز التمسك بالشرط الماثل لأول مرة أمام محكمة الـــنقض[402]، وذلـــك باعتبارها محكمة قانون. ومن هذا المنطلق، يلزم تمسك

---

(398) حول خصومة النقض، راجع بوجه عام:
Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 270 ss.

(399) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 154ss.

(400) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 285.

(401) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 263.

(402) Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 270.

الخصـــم المعني بالشرط الماثل أمام محكمة الاستئناف، وذلك حتى يستطيع أن يتمســك به أمام محكمة النقض. أما في الحالة التي لا تكون فيها الدعوى قائمة أمـــام المحكمـــة المعنية، فعلى الخصم صاحب المصلحة أن يعيد طرح الدعوى علـــى هـــذه المحكمة، وذلك حتى يتمكن من التمسك بالشرط الماثل. وعلى هذا الأســـاس، فـــإذا كانـــت الدعوى مشطوبة[403]، هنا يتعين على الخصم أن يقوم بتجديدها من الشطب، حتى يستطيع أن يتمسك بهذا الشرط. وإذا كانت الدعوى موقـــوفة[404]، هـــنا يتعين على الخصم صاحب المصلحة، أن يقوم بتعجيل هذه الدعـــوى، وبعد إعادة طرح الدعوى على المحكمة المعنية، ففي وسعه التمسك بهـــذا الشرط. وإذا كانت الخصومة منقطعة[405] لأي سبب من الأسباب، فعلى الخصم صاحب المصلحة، القيام باستئناف سير الخصومة، وعلى أثر ذلك يكون في مكنة هذا الأخير التمسك بالشرط المعني. أما في حالة ترك الخصومة[406]، فهـــنا سوف يستحيل التمسك بالشرط السالب، نظراً لعدم إمكان العودة إليها من جديد، وفقا لبعض النظم القانونية. وفي ضوء ما تقدم، يمكن القول بوجود أوجه شـــبة عديـــدة بين الدفع بالإحالة والشرط السالب للاختصاص، وذلك في نطاق الجـــزئية محل العرض. يتبقى علينا الآن تحديد سلطة القاضي عند الفصل في الدفع بالإحالة، وعما إذا كان الأمر يتعلق بالتزام أم رخصة[407].

سلطة القاضي في الإحالة بين الالتزام والرخصة: [408]

---

[403] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 297.

[404] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 304.

[405] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 308.

[406] Cappelletti & Perillo, op. cit, p. 312.

[407] د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ١٨٩ حيث استعمل – سيادته – هذا التعبير.

[408] حول هذا الموضوع، راجع تفصيلاً:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٠.

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٣.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٧٥.

الاتجاه الأول:

يـذهب الاتجـاه الأول إلى القول، بعدم التزام القاضي بالإحالة إذا ما توافـرت الشروط الخاصة بالدفع الماثل، بل يتعلق الأمر برخصة فقط، ويجوز أن يسـتعملها وعلـى العكـس من ذلك، في وسعه عدم استعمالها وفقاً للسلطة التقديـرية الواسـعة، التـي يتمتع بها في هذا الخصوص؛ أو بعبارة أخرى "أن الأمر لا يتعلق بالتزام.. بالنسبة للقاضي الذي يدفع أمامه بالإحالة، وإنما يقتصر الأمـر علـى مجـرد رخصة.. فيجوز له أن يقضي بتخليه عن نظر الدعوى، وإحالتها إلى المحكمة الأجنبية المختصة التي تنظر ذات الدعوى، وله أن يقضي بعـدم قبول الدفع بالإحالة ويستمر في نظر الدعوى لحين الفصل فيها، وفقاً لما تملـيه مقتضيات حسن سير العدالة وحماية مصالح المتقاضين. وهذا الحل هو الأولـى بالاتـباع فـي ظل الوضع الحالي لنظام الاختصاص الدولي للمحاكم المصـرية، وذلك لعدة أسباب: أولها انعدام النص التشريعي حيث يصعب معه إلـزام القاضـي بالخروج عن قواعد الاختصاص الوطنية لصالح دولة أجنبية والقـول بغيـر ذلـك يفتح باباً أمامه قد يقود إلى نتائج غير ملائمة. ثانيها: أن فـرض أي التـزام علـى القاضـي، سيشجع الخصم الذي يتوقع أي نزاع في المسـتقبل، على المبادرة برفع الدعوى أمام قضاء دولة أجنبية، يقدر أنه أكثر تمشـيا مـع مصالحه، متحايلاً بذلك على القضاء الوطني، الذي قد يلتزم بإحالة الدعـوى إلـى القضاء الذي اختص أولاً. ثالثها، أنه كيف يلتزم القاضي بإحالة

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٢٢.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٣.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ٣٧٢.

Laussouarn & Bourel, op. cit, 1980, p. 579.
Laussouarn et Bourel, op. cit, 1999, p. 548-9.
Mayer, op. cit, p. 316 et seq.

النزاع إلى قضاء دولة أجنبية، في حين أنه لا يوجد أمام ذلك القضاء الأخير إلا مجــرد إجــراءات قضائية، لا يعلم ماذا ستسفر عنه ومدى م بها من ضمانات لحقوق الدفاع. ولعل هذا السبب الأخير هو الذي يفسر، فيما يلوح لنا، صياغة نصـــوص التشـــريعات المقارنة ... فجميعها، كالقانون المجري واليوجوسلافي والبيروئـــي والسويسري والإيطالي، لا تتكلم مباشرة عن تخلي القاضي .. عن نظـــر الدعــوى والإحالة إلى القضاء الأجنبي، بل عن قطع الإجراءات ووقف الفصـــل في الدعوى، لمدة معينة يراها مناسبة، يترقب خلالها وينظر ما سيسفر عـــنه الدعــوى المنظورة أمام القضاء الأجنبي. فإن لم يطمئن إلى النتيجة التي ســينتهي إليها هذا الأخير، عاد إلى متابعة السير في الدعوى التي كان ينظرها. وهـــذا لا يتأتى تحقيقه إذا كان القاضي ملتزماً بقبول الدفع، وتخلى عن القضية وأحالهـــا عندما يتمسك أحد الخصوم بالدفع بالإحالة أمامه. أضف إلى ذلك، أن نظام وقف الفصل في الدعوى لفترة معينة قد يصدر خلالها حكم في القضية من جانـــب القضـــاء الأجنبي، يمكن أن يقدم أساساً آخر لتخلي القاضي الوطني عن القضية، وهو احترام حجية الأمر المقضي للحكم الأجنبي الصادر، وهي حجية يـــتجه الرأي إلى التسليم بها للأحكام الأجنبية"[409]. ومن أنصار هذا الاتجاه من

---

[409] حول هذا الاتجاه راجع:

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٤ وما بعدها.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، الموضع نفسه.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٢٥.

د. ماهر السداوي، المرجع السابق، ص ٣٢١.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٥.

وفي الفقه غير المصري، راجع:

د. محمد وليد المصري، الموضع السابق.

Huet, Clunet, 1988, p. 446, Note: Cass. Civ, 20 Octobre, 1987.
Droz, R. Crit dr. int. pr., 1997, p. 77, Note: 7 Mai 1996.
Mayer, loc. cit.
Loussouarn et Bourel, op. cit, 1980, 579.

يــرون أن الإحالـــة تكـــون إلزامية حال وجود اتفاقية دولية، أما في غير هذه الحالـــة، فـــإن الوضع الحالي للمجتمع الدولي لا يسمح بإلزام القاضي بالإحالة المعنـــية. والـــرأي المتقدم، إنما يتفق مع مسلك الفقيه الماثل، عندما اشترط في موضع متقدم من هذه الدراسة[410]، أن يكون للقاضي سلطة تقديرية بخصوص مســـألة مدى إمكان الاعتراف بالحكم الأجنبي في دولة القاضي المحيل. ويؤكد هـــذا الفقـــيه أنه كلما تمتع القاضي بسلطة تقديرية بخصوص المسألة المتقدمة، فمـــن الـــواجب أن تكون الإحالة رخصة وليست التزاماً. وعلى العكس من ذلك كلمـــا انعدمت السلطة التقديرية للقاضي بخصوص المسألة المتقدمة، فإنه يلتزم بالإحالة وتنعدم سلطته التقديرية في هذا الخصوص[411]. ويضيف الفقيه الماثل إلى ما تقدم، أنه قد "يتبين للقاضي أنه بالرغم من توافر شروط هذا الدفع إلا أن التقاضـــي أمام المحكمة الأجنبية قد يستغرق وقتاً طويلاً أو يتطلب نفقات باهظة قـــد لا تكـــون في طاقة الطرف المثار ضده الدفع ... إن الخصم قد يتباطأ في التمســـك بهذا الدفع حتى تقترب الإجراءات من نهايتها، ثم يتمسك به بغية الكيد وإطالـــة أمـــد النـــزاع، إذ في تخويل القاضي هذه السلطة ما يكفي لمعاملة هذا الخصم بنقيض مقصوده وذلك بعدم قبول الدفع بالإحالة"[412]

<u>تقدير الاتجاه المتقدم</u>

<u>أولاً:</u> إن انعـــدام النص التشريعي الذي يقرر الإحالة، لا يفيد إطلاقاً، عدم التزام القاضـــي بالإحالـــة إلى محكمة أجنبية، حال توافر الشروط اللازمة لصحة هذا الدفـــع. فكثير من الأحكام القانونية في مجال القانون الدولي الخاص، غير قائمة

Loussouarn et Bourel, op. cit, 1999, p. 548.
Huet, Juris Class., op. cit, no 36.

[410] راجع ما قبله.

[411] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٥.

[412] د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٦.

علـــى نص تشريعي، حيث فرضتها حاجات الحياة الخاصة الدولية ومقتضياتها. إذاً، ففـــي الإمكـــان إجابـــة الحاجات المتقدمة، حتى ولو انعدم النص التشريعي المجيز. ونعتقد أن الشروط اللازمة للدفع بالإحالة كافية، وتوفر قدراً كبيراً من الضمانات لكل الأطراف، سواء تعلق الأمر بمصالح الخصوم أو بمصالح دولة القاضي أو الدول الغير.

ثانـــياً: أن مـــبادرة الخصم سيئ النية إلى رفع دعواه بداءة أمام محكمة أجنبية لجلـــب الاختصاص الدولي لها إضراراً بخصمه الآخر، مثل هذا الوضع يمكن مواجهته بالشروط اللازم توافرها للدفع المماثل، فهذه الشروط من شأنها مواجهة الخصـــوم سيئ النية ولا شك، وهكذا يتم رد القصد السيئ على صاحبه. وعلى أثـــر مـــا تقـــدم يحق لنا إلزام القاضي الوطني بالإحالة كلما توافرت شروطها. ونؤكد أن فرض مثل هذا الالتزام على القاضي، لا يؤدي بحال إلى قيام الخصم السيئ، بتحقيق مآربه غير المشروعة.

ثالـــثاً: مـــن غيـــر المتصور افتراض سوء نية القضاء الأجنبي وتدني مستواه المهنـــي، قـــبل أن يصدر أي حكم نهائي من هذا القضاء بحيث يمكن التأكد من وجود مثل هذه الأمور. فلا يصح إطلاقاً أن تقوم مثل هذه الاعتقادات والظنون غير الثابتة، بمنع القاضي الوطني من الإحالة. بل يتعين الانتظار لحين صدور الحكـــم النهائـــي من المحكمة الأجنبية وما قد يكشفه ذلك من عوار في الجهاز القضـــائي الأجنبـــي،هنا يحـــق للقضاء الوطني أن يستأنف سير الخصومة من جديـــد، علماً بأن الحكم الأجنبي لن يتمتع بأية حجية، بحيث تحول هذه الأخيرة، دون معاودته النظر في الخصومة. ويمكن لنا الإفادة من القانون المقارن والذي يـــوجب وقف سير الخصومة لفترة زمنية معينة وذلك لإتاحة الفرصة للمحكمة الأجنبية أن تصدر حكمها المرتقب، مع حفظ حق المحكمة الوطنية المحيلة، في استئناف سير الخصومة، وذلك، إذا ما جاء الحكم الأجنبي مخيباً للآمال، أو إذا

انقضى الأجل دون صدور حكم[413]، وموقف القانون المقارن على المنوال السابق، لا يفيد إطلاقاً أن سلطة القاضي الوطني هي سلطة تقديرية. بل من المتصور أن تكون هذه السلطة إلزامية. فكلا الاحتمالين وارادن. فمن المتصور أن نلزم القاضي بوقف الدعوى المطروحة عليه، لفترة زمنية معينة، انتظاراً لصدور الحكم الأجنبي المرتقب.

رابعاً: إن القول بأن احترام حجية الحكم الأجنبي هي احترام أحد أسس التخلي، هو قول مقبول، شريطة أن تكون الشروط اللازمة لتوافر مثل هذه الحجية متوافرة. ولكن على عكس ما تقدم، فإذا ما انتفت مثل هذه الشروط، فلن تكون للحكم الأجنبي المعني أية حجية ومن ثم سوف يعاود القضاء الوطني نظر الدعوى المعنية من جديد.

خامساً: لا نسلم إطلاقاً بما رآه البعض، من أن حالة المجتمع الدولي، لا تسمح بإلزام القاضي بالإحالة، وأنه يلزم وجود اتفاقية دولية لإمكان فرض مثل هذا الالتزام. فنحن نرى. وعلى عكس ما تقدم، أن حالة المجتمع الدولي المعاصر، ليس فيها ما يحول دون فرض الالتزام السابق على القاضي المصري، بل أن مثل هذا المسلك هو الذي سيشجع الدول الأخرى على زيادة مقدار تعاونها مع الغير، في حين أن الأخذ بالمسلك المنتقد، من شأنه زيادة درجة عدم التعاون بين الدول. ومن ثم لا يكون ثمة حاجة لتطلب مثل هذه الاتفاقيات، لإمكان فرض الالتزام المعني على القاضي الوطني، فمثل هذا الأمر جائز، حتى ولو تخلفت هذه الاتفاقيات.

سادساً: لا مجال للربط بين السلطة التقديرية للقاضي بخصوص مدى إمكان الاعتراف بالحكم الأجنبي في دولة القاضي المحيل، والسلطة التقديرية محل الحديث هنا، فليس هناك ارتباط لازم ووجوبي بين السلطتين المتقدمتين. فمنح

---

(413) راجع ما بعده.

القاضي السلطة التقديرية في الحالة الأولى، لا يوجب منحه مثل هذه السلطة وبالضرورة في حالتنا الماثلة. إزاء ذلك، يمكن منح القاضي الوطني سلطة تقديرية في الحالة الأولى، مع فرض التزام عليه بالإحالة في الموضوع الماثل. وهذا ما نؤكده في هذا المقام.

<u>سابعاً</u>: أن توقع استغراق الخصومة الأجنبية لفترة زمنية طويلة، أو توقع حاجة مثل هذه الخصومة لنفقات باهظة، كل هذه الأمور، يجب ألا تثني القاضي الوطني، عن التزام بالإحالة إلى المحكمة الأجنبية المعنية، فالإحالة هنا واجبة، رغم كل المخاوف والظنون المتقدمة، بحسبان أن المحكمة الأجنبية هي الأقرب للنزاع، والأقدر على الفصل فيه، ومن ثم الأجدر بحيازته.

<u>**الاتجاه الثاني:**</u> (414)

ويرى أنصار هذا الاتجاه ، وجوب إلزام القاضي بالإحالة وذلك حال توافر شروطها، وعدم إعطائه سلطة تقديرية في هذا الخصوص على وجه الإطلاق. وأساس هذا الاتجاه هو رعاية مصلحة الجماعة الدولية في عدم صدور أحكام قضائية متضاربة، الأمر الذي يفيد تحقيق الأمان القانوني على مستوى هذه الجماعة. ولن نستطيع الوصول إلى مثل هذه النتائج، دون إلزام

---

(414) حول هذا الاتجاه راجع:

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨١.

د. حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٩٢.

وفي عرض هذا الاتجاه ورفضه، راجع:

د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٦٣.

د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، نفس الموضع.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٤.

د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص ١٢٢.

Mayer, loc. cit.
Loussouarn & Bourel, op. cit, 1999, p. 548 – 9.
Loussouarn et Bourel, op. cit, 1980, p. 579.

القاضـــي بإعمـــال الدفـــع بالإحالـــة، وعـــدم منحه أية سلطة تقديرية في هذا الخصـــوص[415]. وقـــد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية الاتجاه السابق في أحد الأحكـــام الصـــادرة عنها[416]. وقد لقي الحكم المتقدم نقداً من الفقيهين الفرنسي والمصـــري علـــى حد سواء[417]، وقد انتهى المتقدمان إلى أنه "لا يمكن.. أن يستنتج من هذا الحكم أن محكمة النقض الفرنسية قد خرجت بذلك عما استقرت علـــيه فـــي هذا الصدد، وذلك لأن هذا الحكم قد صدر بصدد دعوى لا تربطها أدنـــى صلة بالنظام القانوني الفرنسي، فالزوجان كانا جزائريين ويتوطن كلاهما الجزائـــر، وهـــو ما يجعلنا نتساءل مع المعلق لـــ (...) عن الضابط الذي انعقد علـــى أساســـه اختصـــاص القضاء الفرنسي بالفصل في هذه الدعوى حيث لم يوضح الحكم هذه النقطة، ثم نؤيده فيما وجهه من انتقادات لموقف المحكمة في هـــذا الحكـــم. ومـــن ثم يتضح أن هذا الحكم لا يمثل عدولاً عما استقرت عليه المحكمـــة فـــي هذا الشأن، من أن قبول الدفع حال توافر كافة شروطه، هو في النهاية أمراً جوازياً للقاضي الفرنسي وليس التزاماً عليه"[418] وحتى نستطيع أن نقوم بتقدير المقولات السابقة، فيتعين علينا بيان مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني.

<u>مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني:</u> [419]

---

[415] راجع المراجع الواردة في الهامش السابق جميعًا.

[416] Ancel, R. Crit. Dr. int. pr., 1998, p. 452: Cass. Civ 17 Juin 1997.

[417] Ancel, op. cit, p. 457 – 8.

د. محمد روبي، المرجع السابق، ص ٤٥٤، هامش ٦.

[418] د. محمد روبي، الموضع السابق.

[419] د. أحمـــد ســـعد، مفهـــوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، ١٤٠٨ هـــ – ١٩٨٨م، ص ١٠

د. نبـــيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٤، ص ١١ وما بعدها.

يذهب اتجاه فقهي أول، إلى القول بعدم تمتع القاضي بأية سلطة تقديرية وذلك عندما يقوم بممارسة وظيفته القضائية؛ فالمشرع يعطي للقاضي سلطة مقيدة يستعملها لأداء دوره في الخصومة المعنية، مدنية كانت أم جنائية؛ أو بعبارة أخرى "يذهب جانب من إلى أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع الذي يحدد نطاق هذه الولاية وفقاً لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة على المعنى المراد منها، ومن ثم يعد الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي إبان مباشرته لولاية القضاء من قبيل العفو الذي لا أساس له. فالقاضي لا يملك سلطة التقدير في أن يريد أو لا يريد وما يمكن تسميته بالسلطة التقديرية هو لخدمة السلطة القضائية، وقد حدد المشرع نطاقها بنصوص قاطعة، كما أن الهدف من منح القاضي تلك السلطة هو ممارسة الوظيفة المسندة إليه على نحو مناسب وصحيح طبقاً لطرق ومسائل فنية معينة ومبادئ محددة لا يتمتع حيالها بأي نوع من التقدير"[420]. وعلى خلاف ما تقدم، يذهب اتجاه آخر في الفقه، إلى إعطاء القاضي سلطة تقديرية مقيدة، بمعني أن من حق القاضي مباشرة السلطة المتقدمة في النطاق الذي حدده القانون، ولا يجوز له مباشرة هذه السلطة خارج النطاق المتقدم[421]، أو بعبارة أخرى "إذا كان العمل القضائي عملاً مقيداً، إلا أنه يتخلله سلطة تقديرية استثنائية، وإذا كان العمل القضائي يقتصر على تطبيق القانون، إلا أن القاضي في هذا العمل ليس مجرد

د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٣٢ وما بعدها.

د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، ط أولى ١٩٨٣، ص ١٨٩.

[420] د. أحمد سعد، المرجع السابق، ص ٢٣.

[421] د. نبيل عمر، المرجع السابق، ص ٥٠٤.

د. عزمي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ١٩٠.

د. أحمد سعد، المرجع السابق، ص ٢٨، حيث يقومون جميعًا بعرض الاتجاه الماثل.

آلــة، بل هو صاحب نشاط يصاحبه دائماً جانب تقديري، بحيث يمكن القول بأن القاضــي لا يتمــتع بسلطة تقديرية بحتة، ولا بسلطة تقديرية مقيدة تقييداً كاملاً، فكــل عمل قضائي، وإن كان مقيداً أصلاً إلا أن القاضي يتمتع في أدائه بسلطة تقديرية"[422].

ويــذهب اتجــاه ثالث إلى انتقاد الاتجاهات المتقدمة، وذلك على أساس الفهــم الخاطئ لأصحابها لمفهوم السلطة التقديرية، الأمر الذي دفعهم إلى اتخاذ المواقــف الســابقة ومــا اتســمت بع من عدم سلامة، فالسلطة التقديرية ليست مــرادف للتحكم، أو بعبارة أخرى "ذهب غالبية الفقهاء بمناقشة أصحاب الاتجاه الســابق، والذي ينادي باستبعاد أعمال السلطة التقديرية في النشاط القضائي، أو على أحسن تقدير التضييق من مجالات استعمالها، فقرروا أن هذه النظرة.. إنما تعكــس مفهومهم وتصورهم الخاطئ للسلطة التقديرية.. والذي يؤدي إلى تماثل بينها وبين التحكم، وأن الخلط بينهما هو الذي أدى بهم إلى وجوب استبعاد قيام القاضــي بنشاط تقديري من قاموس النشاط القضائي.. فالتحكم هو صفة تطلق علــى الســلوك الذي يكون الباعث عليه غير مطابق للقاعدة التي تحكمه وإنما يــتطابق والقواعد التي يختارها العضو أو الشخص تبعاً لرغباته وأهوائه ولذلك فإن التحكم... يكمن جوهره في حرية اختيار البواعث ومن هنا كان الخوف من تحكــم القضــاة فالســلطة الواســعة التي يتمتع بها القضاة عند تطبيق الضابط القانونــي قــد تــؤدي بهم في لنهاية إلى تطبيق نظرياتهم الشخصية... حرية التقديــر تعني القدرة على الاختيار بين عدة قرارات... فالقاعدة القانونية ليست هــي موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبــيقها.. ولهــذا فــلا مــناص من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في

---

(422) د. أحمد سعد، المرجع السابق، ص ٢٩.

ممارســته لنشاطه القضائي سواء تعلق الأمر بفهم الواقع أو في إعمال القانون، حيث لا يمكن إعمال السلطة القضائية دون تقدير مسبق للواقع والقانون"[423].

ومــن جانبنا نرى أن شروط الإحالة هي شروط مرنة وليست جامدة، بحــيث تعطي للقاضي سلطة التقدير على نحو واسع. وفي ضوء ما تقدم، يمكن القــول، بأنــه في الحالة التي يرفض فيها القاضي المختص الإحالة إلى محاكم دول أجنبــية، فــإن هذا يعني عدم توافر شروط الدفع بالإحالة حسب تقدير هذا القاضــي أما في الحالة التي يقوم فيها القاضي بإحالة النزاع إلى محكمة أجنبية، فإن هذا يعني أن شروط الإحالة متوافرة وذلك حسب تقدير الأخير. ولا يستطيع القاضــي الوطني أن يقرر في أسباب حكمه أن كافة شروط الإحالة متوافرة، ثم يعــود بعــد ذلــك ويقرر رفضه الإحالة لما ينطوي عليه ذلك من تناقض بين مــنطوق الحكــم وأسبابه. وعلى هذا الأساس نرى مع الفقه الراجح "أن أهمية الخــلاف بين الرأيين المتقدمين لا تبدو من الواجهة العملية إلا من زاوية رقابة محكمــة الــنقض... إن الملاحــظ أن النظر في مدى ملاءمة المحكمة الأجنبية للفصــل فــي النزاع وكونها أكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر منها هي مســألة نسبية يتمتع القاضي إزائها بحرية واسعة في التقدير في كل حالة على حدة وهو لن يعدم الوسيلة في ممارسة سلطته التقديرية على نحو يستطيع به أن يــرفض الإحالة بدعوى أن القضاء المصري أكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصــادر منه. كل ما في الأمر أنه سوف يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة الــنقض وفقــاً للرأي الذي انتصرنا له، ومادام ملزم بالتخلي عن اختصاصه إذا توافرت شروط الدفع بالإحالة، بينما هو لن يخضع لهذه الرقابة بداهة فيما لو لم يكــن ملــزماً مــن الأصل بقبول الإحالة رغم توافر شروطها. وهكذا تكاد أن تنحصر أهمية الخلاف بين الرأيين المتقدمين في مدى رقابة محكمة النقض على

---

[423] د. أحمد سعد، المرجع السابق، ص ٣٤ – ٣٦.

سلطة القاضي في قبول الإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية من عدمه"[424].

نخلص مما تقدم، إلى أن القاضي ملزم بأن يبين في أسباب حكمه مدى توافر شروط الإحالة من عدمه، وأن يترتب الأثر القانوني على ذلك. فإذا ورد في أسباب الحكم ما يفيد توافر جميع شروط الإحالة، هنا يتعين على القاضي أن يحيل النزاع إلى المحكمة الأجنبية، ولا تكون له هنا أية سلطة تقديرية. وعلى العكس من ذلك، إذا جاء في أسباب الحكم ما يفيد عدم توافر شروط الإحالة، فعلى القاضي أن يرفض طلب الإحالة، ولا يستطيع أن يقبلها بحال، لأنه هنا أيضاً ليست له أية سلطة تقديرية. ونؤكد مع الفقيه المتقدم وجوب إخضاع القاضي لرقابة محكمة النقض.

ويبقى علينا أن نشير إلى أنه انه حال قيام القاضي المصري بإحالة النزاع إلى محكمة أجنبية، فإن هذه الإحالة، يجب أن تكون مصحوبة بوقف الدعوى الماثلة أمامه، وذلك لحين صدور حكم نهائي من محاكم الدول المعنية. ويتعين على القاضي المصري أن يحدد الأجل الذي يتعين على الخصوم الحصول فيه على الحكم الأجنبي المعني. وسوف يستأنف الخصم صاحب المصلحة سير الخصومة من جديد أمام هذا القاضي، وذلك إذا ما انقضى الأجل المعني، دون صدور حكم أجنبي نهائي، من محاكم الجولة التي أحيل النزاع إليها. وما نقول به هو تطبيق لما قرره مشرعو العديد من الدول، التي نظمت الدفع بالإحالة بموجب نصوص تشريعية[425]. على هذا النحو نكون قد انتهينا من دراسة الدفع بالإحالة مقارناً بالشرط السالب للاختصاص.

---

(424) د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٨٢.

(425) د. أحمد سلامة، الموضع السابق، حيث يعرض – سيادته – للعديد من النصوص المعنية.

تصويب لأهم الأخطاء

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٢٣	١٩	السلف	الخلف
٢٤	١٢	بفم	برغم
٦٠	٩	لمحاكم	للمحاكم
١٠١	هـ٢٠٧	Povsard	Ponsard
١١٢	هـ	Poul	Paul
١٣٢	هـ٢٩١	Instane	Instance
		Clcas	Classeur
		paris	Paris
١٣٦	هامش	palais	Palais
١٤٢	هـ٣١٩	estranges	étrangers
١٤٣	٧	الاتجاه في الفقه	الاتجاه السائد في الفقه
١٥٢	هامش	بعد الإجراءات	يعد من الإجراءات
١٦١	١٣	موضوع	موضع

الفهرس

مؤلفات الدكتور هشام خالد

أولاً: المؤلفات والأبحاث المتخصصة

١- عقد ضمان الاستثمار: القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، رسالة للدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، تمت مناقشتها علنا في ٨ نوفمبر ١٩٨٦. (٥٠٢ صحيفة من القطع الكبير)، وقد تم نشر بعض فصول هذه الرسالة تحت العناوين التالية:

أ- الحماية القانونية للاستثمارات العربية، الناشر: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٨. (١٥١ صحيفة من القطع العادي)

ب- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسة قانونية. الناشر: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ١٩٨٨. (١٧٢ صحيفة من القطع العادي)

ج- خصائص وطبيعة عقد ضمان الاستثمار، الناشر: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ١٩٨٨. (١٦٠ صحيفة من القطع العادي)

د- شرط الجنسية وفقا للنظام العربي لضمان الاستثمار. الناشر: مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ١٩٨٨. (١٧٩ صحيفة من القطع العادي)

هـ- الوسائل الحديثة لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي، مجلة المحاماة المصرية، يناير- فبرايز ١٩٩٠، ص١٢٨ - ١٧٣. (٤٦ صحيفة من القطع الكبير)

و- القانون الواجب التطبيق على عقد ضمان الاستثمار، المحاماة المصرية، ١٩٩١ - يناير - فبراير (٣٠ صحيفة من القطع الكبير)

وقد تم طبع الرسالة عام ٢٠٠٠، بذات الشكل الذي ظهرت فيه وقت تقديمها للمناقشة دون أية تعديلات على الإطلاق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية (٦٦٦ صحيفة من القطع العادي)

٢- تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، بحث منشور فى مجلة المحاماة المصرية، العدد ٣- ٤، مارس وأبريل ١٩٨٨. (١٥ صحيفة قطع كبير)

٣- الاختصاص الدولي لمحاكم المصرية، بحث منشور فى مجلة المحاماة المصرية العدد ٧- ٨، سبتمبر أكتوبر ١٩٨٧.(١٥ صحيفة - قطع كبير)

٤- نحو نظرية عامة لضمان الاستثمارات الأجنبية، بحث منشور في:
أ- مجلة مصر المعاصرة، عدد ٣٧٩، يناير ١٩٨٠. (٢٧ صحيفة قطع عادي)
ب- مجلة المحاماة المصرية، يناير - فبراير ١٩٨١. (٢٦ صحيفة - قطع كبير)

٥- أسباب كسب الجنسية في القانون المصري، بحث منشور في:
أ- مجلة المحاماة المصرية، العدد الخامس والسادس، مايو - يونيو ١٩٨٩.
ب- المجلـة العربية للفقه القضاء، والتي تصدر عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العـدل العـرب، الـرباط، المملكة المغربية، العدد العاشر (ص ٨١-١٠٧) (٢٧ صحيفة من القطع الكبير)

٦- مفهـوم العمـل القضائي في ضوء الفقه وأحكام القضاء، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٩٠ (١٨٣ صحيفة من القطع العادي) وقد سبق نشر ملخص هذا الكتاب تحت عـنوان: مفهـوم العمـل القضائي، مجلة المحاماة المصرية، ع ٣-٤، ١٩٨٧، ص ٣٠-٦٠ (٣٠ صحيفة - قطع كبير)

٧- إثـبات الجنسـية، مجلـة المحاماة المصرية، ع٧-٨، سبتمبر وأكتوبر، ١٩٩٠. (١٨ صحيفة من القطع الكبير).

٨- بعض مسائل الأحوال الشخصية للأجانب، مجلة روح القوانين، والصادرة عن كلية الحقـوق، جامعـة طـنطا، ١٩٩٨، ١٩٩١، ١٩٩٠. وقد تمت إعادة طبع البحث المـتقدم تحت ذات العنوان السابق، عام ١٩٩٨ - مطبعة جامعة طنطا - الكتاب الجامعي. (٢٢٨ صحيفة من القاطع العادي)

٩- الاتجاهـات الحديثة في نظرية الإحالة، مجلة المحاماة المصرية، ١٩٩٢، يناير - فبراير. (١٢ صحيفة من القطع الكبير)

١٠- التـنازع الانتقالـي فـي تنازع القوانين، مجلة روح القوانين، عدد عام ١٩٩٦. (٢١٧ صـحيفة مـن القطع العادي). وقد تمت إعادة طبع الدراسة المتقدمة تحت ذات العنوان السابق، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠٠١م.

١١- طبـيعة قواعد الاختصاص وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، مركز الإسكندرية للكـتاب، الإسـكندرية، ١٩٩٧. (٢٠٣ صحيفة من القطع العادي) أعيد نشر هذا البحث فى مجلة روح القوانين والصادرة عن كلية الحقوق، جامعة طنطا، في العدد رقم ١٤ الصادر في أول يناير سنة ١٩٩٨، ص ٨٠-٢٧٩.

١٢- التحديات القانونية التي تواجه الأقليات المسلمة، بحث مقدم إلى ندوة التحديات القانونية التي توجه الأمة الإسلامية فى القرن المقبل – رابطة الجامعات الإسلامية القاهرة ٢١-٢٣ أبريل ١٩٩٩. (٢٥ صحيفة من القطع الكبير) وقد تم طبع أبحاث هذه الندوة تحت عنوان:

رابطة الجامعات الإسلامية، حلقات نقاشية حول التحديات التي تواجه الأمة الإسلامية في القرن المقبل، حلقة التحديات القانونية التي عقدت بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون-جامعة الأزهر فى الفترة من ٥-٧ محرم ١٤٠٢هـ، ٢١-٢٣ إبريل١٩٩٩ ويقع المطبوع فى جزئين، يراجع الجزء الثاني ص٧-٣٣ حيث تم نشر البحث المنوه عنه أعلاه.

١٣- منهج القواعد الموضوعية فى تنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دراسة تأصيلية، تعليق على رسالة السيد/ محمد عبد الله محمد المؤيد. (٣٠ صحيفة من القطع العادي). مجلة الدراسات القانونية، والتي تصدر عن كلية الحقوق-جامعة بيروت العربية، مجلة محكمة، قسم التعليقات.

١٤- الشرط السالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠م (٣٠٣ صحيفة من القطع العادي)

١٥- جنسية الشركة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠م (٤٥٨ صحيفة من القطع العادي). وقد سبق نشر هذا المؤلف في مجلة روح القوانين الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة طنطا، وذلك في الأعداد التالية:

أ- العدد (١٨)، إصدار أبريل ١٩٩٩، ص ٣٥٥ -٦٠٤.

ب- العدد (١٨)، إصدار أغسطس ١٩٩٩، ص ٣٤٩- ٥٥٨.

١٦- إثبات القانون الأجنبي في القانون للدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، موسوعة قضائية. (١٠٠ صحيفة من القطع العادي)

١٧- أحكام الزواج للمصريين من الأجانب – موسوعة قضائية، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ٢٠٠٠م (٤٤٠ صحيفة من القطع العادي)

١٨- اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني، دراسة مقارنة فى قانون الجنسية العربي، الإسكندرية، دارا لفكر الجامعي، ٢٠٠٠م (٢٥٤ صحيفة من القطع العادي)

١٩- إثبات القانون الأجنبي فى القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة ثانية، ٢٠٠١. (١٠١ صحيفة من القطع العادي)

٢٠- اكتســاب الجنسية الأصلية بالميلاد لأب وطني - دراسة مقارنة فى قانون الجنسية العربــي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠١، طبعة ثانية. (٢٦٠ صحيفة من القطع العادي)

٢١- العقــود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة أولى، ٢٠٠١. (٦٤ صحيفة من القطع العادي)

٢٢- الاختصــاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقيهة قضائية في القوانين العربــية - الأوروبــية - الانجلوسكسونية، واتفاقية بروكسل لعام ١٩٦٨-ضابط جنســية الخصــوم-موقــع المال-المنازعات المتولدة عن العقود الدولية-الإرادة المــنفردة-العمــل غــير المشــروع-دار الفكــر الجامعي الإسكندرية-٢٠٠٢. (٦١٠ صحيفة من القطع العادي)

٢٣- دعــوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي، والمحكمة المختصة دوليا بــنظرها، دراســة فقهية قضائية مقارنة فى القانون المصري -القوانين العربية-الأوروبــية-الأنجلوسكســونية، دار الفكــر الجامعــي، طــبعة أولـــى، ٢٠٠٢. (٣٣٠ صحيفة من القطع العادي)

٢٤- عقــد ضــمان الاســتثمار، الطــبعة الثانية، (صحيفة من القطع العادي)

٢٥- المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، طبعة أولى، ٢٠٠٢، (٤٥٦ صحيفة من القطع العادي).

٢٦- نشــأة القانون الدولي الخاص ومباحثه، دراسة مقارنة فى الفقه المصري والعربي والإنجليزي، (١٠٠ صحيفة من القطع العادي) (تحت النشر).

٢٧- قواعــد الاختصــاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام - دراسة مقارنة في قوانيــن مصــر والإمــارات والبحرين - منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠م (٤٠٦ صحيفة من القطع العادي)

٢٨- الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم القطرية دراسة مقارنة (تحت النشر)

٢٩- المركز القانوني لمتعدد الجنسية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١م (٤٣٠ صحيفة من القطع العادي) وقد سبق نشر موجز هذا المؤلف تحت ذات العنوان السابق، في مجلة روح القوانين، الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة طنطا، ع ٢٣، إصدار أبريل ٢٠٠١، ص ١١٣ – ٣٢١. (٢٠٨ صحيفة من القطع العادي).

٣٠- نظرة على بعض البنوك الدولية وعقودها، مع إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق جامعة بيروت العربية، والذي يحمل عنوان: الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، بيروت ٢٨/٢٦ إبريل ٢٠٠١. (٤٣ صحيفة من القطع الكبير)

٣١- البنوك الإسلامية الدولية وعقودها مع إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، (٢٣٠ صحيفة من القطع العادي)

٣٢- القانون الواجب التطبيق على مشارطات إيجار السفن، بحث مقدم فى الدورة العملية للتحكيم التجاري والبحري الدولي، مركز الدكتور عادل خير للقانون والتحكيم، فندق رمادا، الإسكندرية من ٢٠٠٢/٨/٣١ حتى ٢٠٠٢/٩/٢ (١٧ صحيفة من القطع الكبير)

٣٣- القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، الجزء الأول، دراسة فقهية قضائية متعمقة في القانون المصري في ضوء المادة ٢٠ مدني – القانون ١٩٧٦/١٠٣، ٢٠٠٠/١ مع ملحق شامل لجميع الأحكام القضائية المصرية محل الدراسة. منشأة المعارف بالإسكندرية (٥٥٥ صحيفة من القطع العادي) ٢٠٠٥.

٣٤- الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، (٤٠٨ صحيفة – قطع عادي)

٣٥- توطن المدعي عليه الأجنبي كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٣، (٣٩٧ صحيفة من القطع العادي)

٣٦- أولـيات التحكـيم الـتجاري الدولـي، دراسة مقارنة فى النظم القانونية اللاتينية والأنجلوسكسـونية والعربـية، دار الفكـر الجامعـي، الإسـكندرية، ٢٠٠٤، (٢٣٠ صحيفة قطع عادي).

٣٧- ماهـية العقـد الدولـي، دراسـة فقهـية قضـائية مقارنة فى الأنظمة القانونية الأنجلوسكسـونية – اللاتينـية – العربية والاتفاقيات الدولية، (٣٢٠ صحيفة قطع عادي)

٣٨- معـيار دولـية التحكـيم الـتجاري، منشـأة المعـارف بالإسـكندرية، ٢٠٠٦، (٧٢٥ صحيفة من القطع العادي)

٣٩- القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج، الجزء الثاني، دراسة مقارنة فى الدولة التالـية: ليبـيا – الجزائر – سوريا – المغرب – العراق – الأردن – الكويت – الإمـارات – اليمـن – لبـنان – السودان – فلسطين – إنجلترا – فرنسا، منشأة المعارف بالإسكندرية، (٧٢٠ صحيفة من القطع العادي)

٤٠- جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥، (٧١٥ صحيفة من القطع العادي)

٤١- أهـم مشـكلات قـانون الجنسية العربي، مشكلة دم الأم العربية – مشكلة قضاء الجنسـية العربي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦ (٧١٥ صحيفة من القطع العادي)

٤٢- التـنازع الانتقالـي، في تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ثانية، ٢٠٠٦، (٢٢٧ صحيفة من القطع العادي).

٤٣- الشـرط السـالب للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة ثانية، ٢٠٠٦، (٣٠٣ صحيفة من القطع العادي)

٤٤- جنسـية الشركة، دراسة مقارنة، طبعة ثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦ (٤٥٨ صحيفة من القطع العادي)

٤٥- جـدوى اللجـوء إلـى التحكـيم التجاري الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، (٧١٥ صحيفة من القطع العادي) (طبعة ثانية)

٤٦- البـنوك الإسلامية الدولية وعقودها مع إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي، دار للفكر الجامعي، (٢٣٠ صحيفة من القطع العادي) طبعة ثانية ٢٠٠٧.

٤٧- المدخـل للقـانون الدولـي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، (٤٥٦ صحيفة من القطع العادي)، طبعة ثانية، ٢٠٠٧.

٤٨- ماهـية الحكـم القـضائي الأجنبـي، منـشأة المعـارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، (٤٨٠ صحيفة من القطع العادي)

٤٩- موقـع المال كضابط للاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٨، (٢٢٠ صحيفة من القطع العادي)

٥٠- الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام قضاء الدولة وقضاء التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٨، (٤٠٠ صحيفة من القطع العادي)

٥١- تكـوين المحكمـة التحكيمية، في نطاق منازعات التجارة الدولية، المجلد الأول، (٥٦٠ صحيفة من القطع العادي) منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٨

٥٢- تكـوين المحكمـة التحكيمية، في نطاق منازعات التجارة الدولية، المجلد الثاني، (٥٣٠ صحيفة من القطع العادي) منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٨

٥٣- المـدخل للقانـون الدولـي الخاص العربي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، (٤٥٦ صحيفة من القطع العادي)، طبعة ثالثة، ٢٠٠٨.

٥٤- إحالـة الدعـوى إلـى محكمـة أجنبـية، (٢٠٠ صـحيفة مـن القطع العادي)

٥٥- محـل الالتـزام كضابط للاختصاص القضائي الدولي، (٥٣١ صحيفة من القطع العادي)

٥٦- جنـسية الـشركة في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي (٢٦٠ صحيفة – قطع عادي) منشأة المعارف بالإسكندرية،

٥٧- تنفيذ الأحكام القضائية والتحكيمية الأجنبية في قوانين دول مجلس التعاون الخليجي (٥٠٠ صحيفة – قطع عادي) منشأة المعارف بالإسكندرية

ثانياً: المؤلفات العامة

١- دروس فـــي القانون القضائي الدولي، ١٩٨٨ – ١٩٨٩. (٢١٩ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٢- مذكـــرات فى القانون القضائي الدولي، ١٩٩٠. (٢٧١ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٣- دروس فى الجنسية ومركز الأجانب: ١٩٩٠

أ- الجزء الأول، الجنسية. (١٧٠ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

ب- الجز ء الثاني، مركز الأجانب (٢٢٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٤- دروس فى تنازع القوانين، ١٩٩٠ (٢٨٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٥- مبادئ القانون القضائي الخاص الدولي، ١٩٩٨-١٩٩٩ (٢٧٠ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٦- مبادئ مركز الأجانب، ١٩٩٨ – ١٩٩٩. (٢٨٠ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٧- الـــنظرية العامة للقانون الدولي الخاص، ١٩٩٩- طبعة أولى (١٣٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٨- مبادئ قانون الجنسية، ١٩٩٩ (٢٣٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٩- محاضرات فى الموطن الدولي، ١٩٩٩-٢٠٠٠ (١٦٧ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١٠- مبادئ تنازع القوانين، ١٩٩٩ (٤٣٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١١- الـــنظرية العامة للقانون الدولي الخاص، طنطا، طبعة ثانية، ٢٠٠٠(١٣٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١٢- الـــنظرية العامـــة لتـــنازع القوانين، طبعة أولى، ٢٠٠١، مطبعة جامعة طنطا – طنطا. (٢٢٢ صحيفة من القطع العادي)

١٣- النظرية العامة للجنسية، طبعة أولى، مطبعة جامعة طنطا، ٢٠٠١ (٤٠٠ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١٤- الـــنظرية العامة للقانون الدولي الخاص، مطبعة جامعة طنطا، طبعة ثالثة ٢٠٠٢. (١٣٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١٥- النظرية العامة للجنسية، طنطا، طبعة ثانية، ٢٠٠٢. (٤٠٠ صحيفة من القطع العادي)

١٦- النظرية العامة لتنازع القوانين، طنطا، طبعة ثانية، ٢٠٠٢. (٢٢٢ صحيفة من القطع العادي)

١٧- محاضرات في القانون الدولي الخاص (الجنسية المصرية – الموطن الدولي – مركز الأجانب – الحلول الوضعية لتنازع القوانين – التنازع الانتقالي) مطبعة جامعة طنطا – الكتاب الجامعي ٢٠٠١ (٨٥٥ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

١٨- القانون القضائي الخاص الدولي-دراسة مقارنة في القانون المصري والعربي مع إشارة خاصة للتحكيم التجاري الدولي وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١. (٦١٠ صفحة من القطع العادي)

١٩- الجنسية المصرية، طبعة ثانية، مطبعة جامعة طنطا، (٢٠٠٢، ٢٢٢ صحيفة من القطع العادي) طنطا.

٢٠- مركز الأجانب، طبعة ثانية، طنطا، ٢٠٠٢ (٣٠٧ صحيفة من القطع العادي)

٢١- مبادئ القانون القضائي الخاص الدولي، طبعة ثانية، ٢٠٠٣، طنطا، (٢٣٥ صحيفة من القطع العادي).

٢٢- محاضرات في تشريعات الإعلام، الجزء الأول، المدخل لدراسة القانون وتشريعات الصحافة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣، طنطا، (٣٢٠ صحيفة من القطع العادي)

٢٣- النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، طبعة رابعة، (١٣٠ صحيفة – قطع عادي) ٢٠٠٤ – مطبعة جامعة طنطا. طنطا.

٢٤- النظرية العامة للجنسية، طبعة ثالثة، (٤٠٠ صحيفة – قطع عادي) ٢٠٠٤- مطبعة جامعة طنطا. طنطا.

٢٥- النظرية العامة لتنازع القوانين، طبعة ثالثة (٢٢٠ صحيفة – قطع عادي) – ٢٠٠٤، مطبعة جامعة طنطا. طنطا.

٢٦- الحلول الوضعية لتنازع القوانين، طبعة ثانية (٣١٠ صحيفة – قطع عادي) ٢٠٠٤ – مطبعة جامعة طنطا. طنطا.

٢٧- محاضـــرات في تشريعات الإعلام، طبعة ثانية، ٢٠٠٤ طنطا (٣٢٠ صحيفة من القطع العادي).

٢٨- محاضـــرات في تشريعات الإعلام، طبعة ثالثة، ٢٠٠٥، طنطا (٣٢٠صحيفة من القطع العادي)

٢٩- الجنسية المصرية، طبعة ثالثة، ٢٠٠٥، طنطا (١٥٧ صحيفة من القطع العادي)

٣٠- مركز الأجانب – طبعة ثالثة، ٢٠٠٥، طنطا (٩٥ صحيفة من القطع العادي)

٣١- مبادئ القانون القضائي الخاص الدولي، طبعة ثالثة، طنطا، ٢٠٠٥ (١٩٠ صحيفة من القطع العادي)

٣٢- القانـــون القضـــائي الخـــاص الدولـــي، طبعة ثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٦، (٦١٠ صحيفة من القطع الكبير)

٣٣- موجـــز النظـــرية العامة للقانون الدولي الخاص، ط. أولى، طنطا، ٢٠٠٦، (٦٨ صحيفة من القطع العادي)

٣٤- موجز تنازع القوانين، ط ثانية، طنطا ٢٠٠٦ (٢٨٥ صحيفة من القطع العادي)

٣٥- الجنسية المصرية، طبعة ثانية، طنطا ٢٠٠٧.

٣٦- مركز الأجانب، طبعة رابعة، طنطا ٢٠٠٧ (٩٥ صحيفة من القطع العادي)

٣٧- تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط أولى، طنطا ٢٠٠٧، (٣٣ صحيفة من القطع العادي)

٣٨- موجـــز تـــنازع القوانين، ط ٣، ٢٠٠٨، مطبعة جامعة طنطا، (٢٨٥ صحيفة من القطع عادي)



ISBN 978-977-379-171-6

